

MittBayNot

Begründet 1864

3 | 2022

Mai | Juni 2022

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:

Florian Drexler,
Notarassessor
Julia Lindner,
Notarassessorin

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar a. D., Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar a. D., Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

AUFSÄTZE

Regler: Der Anspruch auf Herausgabe von Urkunden und Auskunft – eine kleine Handreichung für die notarielle Praxis – zugleich Anmerkung zu BGH 205

Weidlich: Die Stellung des Erben, des Pflichtteilsberechtigten und des Notars bei der Errichtung notarieller Nachlassverzeichnisse – zugleich Anmerkung zu BGH 209

Graf Wolffskeel von Reichenberg: Praxisupdate Erbbaurecht 215

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Selbherr zu OLG Rostock: Nichteheliche Lebensgemeinschaft und § 2077 BGB 254

Hecht zu OLG Oldenburg: Umfang der Prüfungsbefugnis des Registergerichts hinsichtlich einer eingereichten Gesellschafterliste 263

Moderegger zu KG: Notargebühren bei Beurkundungen und Beratungen im Zusammenhang mit der Ausübung eines Vorkaufsrechts 275

Meier zu OLG München: Angemessenheit einer Rückübertragungsverpflichtung bei Verstoß gegen Bauverpflichtung 280

M. Wachter zu BFH: Keine Schenkungsteuer bei Verschaffung einer Gesamtgläubigerstellung bezüglich eines Nießbrauchsrechts an Ehegatten 287

Salder zu BFH: Widerruf des Verzichts auf Steuerbefreiung für eine Grundstückslieferung 296

Impressum **MittBayNot**

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse tätigen
Notare und Notarassessoren sowie für die Angestellten
der Notarkasse

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München
T. +49 89 551 66-0
F. +49 89 551 66-234
M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de
www.notare.bayern.de/mittbaynot.html

Herausgeberbeirat:

Notare a. D. Dr. Hermann Amann,
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notare Dr. Johann Frank,
Dr. Susanne Frank,
Prof. Dr. Dieter Mayer,
Dr. Eckhard Wälzholz,
Dr. Dietmar Weidlich

Schriftleitung:

Notarassessor Florian Drexler,
Notarassessorin Julia Lindner

*Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf
eine geschlechterspezifische Differenzierung teilweise
verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der
Gleichbehandlung immer für alle Geschlechter.*

Design:

INTO Branding GmbH

Druck:

Universal Medien GmbH
Fichtenstraße 8
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2022

AUFSÄTZE		205
<hr/>		
Regler: Der Anspruch auf Herausgabe von Urkunden und Auskunft – eine kleine Handreichung für die notarielle Praxis – zugleich Anmerkung zu BGH	205	
<hr/>		
Weidlich: Die Stellung des Erben, des Pflichtteilsberechtigten und des Notars bei der Errichtung notarieller Nachlassverzeichnisse – zugleich Anmerkung zu BGH	209	
<hr/>		
Graf Wolffskeel von Reichenberg: Praxisupdate Erbbaurecht	215	
<hr/>		
BUCHBESPRECHUNGEN		219
<hr/>		
Knittel: Beurkundungen im Kindschaftsrecht (Jäger)	219	
<hr/>		
Bochmann/Cziupka/Prütting: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 9: Recht der Familienunternehmen (Munzig)	220	
<hr/>		
Kroiß/Horn: BGB, Band 5: Erbrecht (Aumann)	221	
<hr/>		
RECHTSPRECHUNG		222
<hr/>		
Bürgerliches Recht		
ALLGEMEINES		
1. Fortbestand des Mietvertrags bei fehlender Identität zwischen Vermieter und Veräußerer (BGH, Urteil vom 27.10.2021, XII ZR 84/20)	222	
<hr/>		
2. Grundsätzlich keine Notwendigkeit eines Erbscheins bei transmortaler Vollmacht (OLG München, Beschluss vom 10.02.2022, 34 Wx 431/21)	226	
<hr/>		
3. Löschung einer Belastung bei Unauffindbarkeit der notariellen Bewilligungsurkunde (OLG Köln, Beschluss vom 05.07.2021, 2 Wx 183/21)	229	
<hr/>		
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT		
4. Kostentragung bei der Bildung von Untergemeinschaften in einer Mehrhausanlage (BGH, Urteil vom 12.11.2021, V ZR 204/20 – Ls.)	231	
<hr/>		
5. Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken (BGH, Urteil vom 16.07.2021, V ZR 284/19)	231	
<hr/>		
6. Zu den Rechtsfolgen des Erlöschens eines Erbbaurechts durch Zeitablauf (KG, Beschluss vom 20.12.2021, 1 W 295/21, 1 W 298/21)	236	
<hr/>		
7. Löschungserleichterungsklausel – Tod des längerlebenden Gesellschafters als Ereignis für die zeitliche Beendigung eines zugunsten einer GbR bestellten Nießbrauchsrechts (OLG Dresden, Beschluss vom 10.02.2021, 17 W 73/21)	238	
<hr/>		
FAMILIENRECHT		
8. Gemeinschaftliche Volljährigenadoption durch ein Ehepaar (BGH, Beschluss vom 11.08.2021, XII ZB 18/21 – Ls.)	241	
<hr/>		
9. Sittenwidrigkeit eines nach der Heirat geschlossenen Ehevertrages eines gemischtnationalen Ehepaares (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 31.03.2021, 5 UF 125/20)	242	
<hr/>		
ERBRECHT		
10. Reichweite der eidesstattlichen Versicherung des Erben bezüglich eines notariellen Nachlassverzeichnisses (BGH, Urteil vom 01.12.2021, IV ZR 189/20)	246	
<hr/>		
11. Nichteheleiche Lebensgemeinschaft und § 2077 BGB (OLG Rostock, Beschluss vom 13.07.2021, 3 W 80/20) mit Anmerkung Selbherr	252 254	
<hr/>		
12. Zur möglichen Unwirksamkeit einer Ersatzerbeinsetzung nach § 14 HeimG bzw. Art. 8 Bay PflWqG (OLG München, Beschluss vom 05.07.2021, 33 U 7071/20)	256	
<hr/>		
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht		
13. Keine Zweifel an Vermögenslosigkeit der GmbH bei Möglichkeit einer Aufhebung der Steuerfestsetzung (BGH, Beschluss vom 09.11.2021, II ZB 1/21 – Ls.)	261	
<hr/>		
14. Umfang der Prüfungsbefugnis des Registergerichts hinsichtlich einer eingereichten Gesellschafterliste (OLG Oldenburg, Beschluss vom 26.07.2021, 12 W 71/21 (HR)) mit Anmerkung Hecht	261 263	

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2022

15. Eintragung trotz verfrühter Handelsregisteranmeldung der Auflösung einer GmbH (OLG Hamm, Beschluss vom 26.03.2021, 27 W 18/21) 265

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde gegen eine Dritte (OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.11.2021, 4 U 7/21) 266

Beurkundungs- und Notarrecht

17. Reichweite der Auskunftspflicht eines Notars gegenüber Urkundsbeteiligten und deren Rechtsnachfolgern (BGH, Beschluss vom 08.07.2021, V ZB 42/19) 271

18. Beurkundungsbedürftigkeit des Gesellschafterbeschlusses einer GmbH (OLG Celle, Hinweisbeschluss vom 30.06.2021, 3 U 72/21 – Ls.) 274

Kostenrecht

19. Notargebühren bei Beurkundungen und Beratungen im Zusammenhang mit der Ausübung eines Vorkaufsrechts (KG, Beschluss vom 26.01.2021, 9 W 96/19) 274
mit Anmerkung **Moderegger** 275

Öffentliches Recht

20. Angemessenheit einer Rückübertragungsverpflichtung bei Verstoß gegen Bauverpflichtung (OLG München, Urteil vom 16.06.2021, 20 U 4632/20) 278
mit Anmerkung **Meier** 280

Steuerrecht

21. Keine Schenkungsteuer bei Verschaffung einer-Gesamtgläubigerstellung bezüglich eines Nießbrauchsrechts an Ehegatten (BFH, Urteil vom 08.06.2021, II R 23/19) 285
mit Anmerkung **M. Wachter** 287

22. Widerruf des Verzichts auf Steuerbefreiung für eine Grundstückslieferung (BFH, Beschluss vom 02.07.2021, XI R 22/19) 294
mit Anmerkung **Salder** 296

SONSTIGES 298

Tagungsbericht 298

Gansmeier: „Schuldrechtsmodernisierung 2022: Kaufrechtsnovelle und Verträge über digitale Produkte“

Veranstaltungshinweise 301

Ausschreibung 302

Neuerscheinungen 305

STANDESNACHRICHTEN 306

Der Anspruch auf Herausgabe von Urkunden und Auskunft – eine kleine Handreichung für die notarielle Praxis

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 08.07.2021, V ZB 42/19*

Von Notar Dr. **Rainer Regler**, München

Insbesondere seit Inkrafttreten der DS-GVO sind die Urkundsbeteiligten stärker für Aspekte des Datenschutzes sensibilisiert. Diese Belange beginnen im täglichen Bürobetrieb beim Schwärzen von Grundbuchausdrucken hinsichtlich der Daten von Eigentümern, Berechtigten in Abteilung II und III vor Versand der Ausdrucke sowie bei Fragen der Zulässigkeit der Weiterleitung von E-Mail-Nachrichten eines Beteiligten an den/die anderen Beteiligten. Anträge auf Herausgabe von Urkundsabschriften und auf Auskunft – maßgeblich soweit sie von Parteien kraft Amtes gestellt werden – haben eine große Bedeutung in der notariellen Praxis. Der BGH hatte nunmehr die Gelegenheit, sich grundlegend zum Verhältnis von Abschriftenerteilung und Auskunft sowie zu Anforderungen und Inhalt des Anspruchs auf Abschriftenerteilung zu äußern. Dieser Beitrag stellt die Erkenntnisse des Beschlusses und die Systematik der Vorschriften des § 51 BeurkG sowie des § 18 BNotO zusammen und gibt Handreichungen für die notarielle Praxis.

I. Der vom BGH entschiedene Fall (BGH, Beschluss vom 08.07.2021, V ZB 42/19)

Die notarielle Praxis ist nicht selten mit pauschalen Anfragen von Parteien kraft Amtes befasst, die darauf gerichtet sind – quasi als Rundumschlag – en bloc Kenntnis über sämtliche notarielle Urkunden eines Beteiligten zu erlangen. Solchen Anfragen liegt in der Regel ein nicht schützenswerter Ausforschungszweck zugrunde. Im konkreten Fall beantragte der Nachlassinsolvenzverwalter beim Notar die Erteilung von Abschriften sämtlicher Urkunden, die sich im Besitz des Notars befänden und den Erblasser (Insolvenzschuldner) als Urkundsbeteiligten auswiesen, soweit es um Urkunden gehe, die im Zusammenhang mit dem privaten und/oder geschäftlichen Vermögen des Erblassers stünden. Der Nachlassinsolvenzverwalter begründete den Antrag damit, dass er keine Möglichkeit habe, die Vermögenswerte des Erblassers zu überprüfen, da dessen Witwe sämtliche Unterlagen vernichtet habe.

Der BGH hat mit seinem Beschluss eindeutig Stellung bezogen, dass Anträge, die der Ausforschung dienen, weder von § 51 BeurkG noch von § 18 BNotO gedeckt sind, sodass

der Notar solchen Anträgen nicht nachkommen darf! Der Anspruch auf Erteilung von Abschriften nach § 51 BeurkG

- bestehe gerade nicht pauschal, sondern sei auf einzelne Urkunden gerichtet, die konkret und so genau wie möglich bezeichnet werden müssten,
- beinhalte kein Ermessen des Notars und sei auch nicht von einem berechtigten Interesse abhängig,
- müsse bei Parteien kraft Amtes einen Bezug zum Amt aufweisen und
- erfahre als *lex specialis* keine Erweiterung durch § 18 BNotO.²

Den Ausführungen des BGH ist uneingeschränkt zuzustimmen.

II. Verhältnis von § 18 BNotO und § 51 BeurkG

Die Vorschrift des § 51 BeurkG beinhaltet eine detaillierte Regelung der Befugnis zum Erhalt von Ausfertigungen und Abschriften und stellt eine beurkundungsverfahrensrechtliche Konkretisierung und damit Spezialregelung zu § 18 BNotO dar.³ Die in § 51 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BeurkG genannten Berechtigten und deren Rechtsnachfolger sind befugt, Ausfertigungen und Abschriften zu verlangen und die Urschrift einzusehen. Die Begründung eines Anspruchs im Anwendungsbereich der Vorschrift schließt sowohl ein Ermessen des Notars als auch das Verlangen eines berechtigten Interesses aus.⁴

* MittBayNot 2022, 271 (in diesem Heft).

1 BGH, Beschluss vom 08.07.2021, V ZB 42/19, MittBayNot 2022, 271 Rdnr. 18 (in diesem Heft).

2 Rdnr. 7 ff. der besprochenen Entscheidung.

3 Allg. Meinung, z. B. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.01.2007, 14 Wx 51/06, FGPrax 2007, 284; KG, Beschluss vom 12.08.1997, DNotZ 1998, 200; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, DNot, 8. Aufl. 2019, § 51 BeurkG Rdnr. 2; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 51 Rdnr. 1.

4 Rdnr. 9 der besprochenen Entscheidung m. w. N.

Der BGH rekurriert in seinen Entscheidungsgründen auf Entstehungsgeschichte und Zweck der Vorschrift: Das Vertrauen der rechtsuchenden Bevölkerung in die Verschwiegenheitspflicht des Notars solle nicht enttäuscht werden. Deshalb habe sich der Gesetzgeber mit § 51 BeurkG auf eine Regelung beschränkt, die „Ausdruck einer an die Errichtung der konkreten Niederschrift anknüpfenden nachwirkenden notariellen Fürsorge“⁵ sei und ausschließlich den dort Genannten einen Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften einräumt. Die im Hinblick auf die notarielle Verschwiegenheitspflicht bewusst eng gefasste Vorschrift des § 51 BeurkG sei damit einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich.⁶

Daraus folgt für die notarielle Praxis:

- Soweit nach Prüfung der Voraussetzungen des § 51 BeurkG kein Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung oder Abschrift bzw. auf Einsicht der Urschrift besteht, darf keine Ausfertigung oder Abschrift erteilt und keine Einsicht in die Urschrift gewährt werden. § 51 BeurkG ist insoweit abschließend, sodass eine Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften nach anderen Vorschriften, insbesondere nach § 18 BNotO, stets ausscheidet.
- Lediglich die Herausgabe von Unterlagen, die nicht unter § 51 BeurkG fallen, bestimmt sich nach der Grundnorm des § 18 BNotO. Stets und ausschließlich nach § 18 BNotO richtet sich die Erteilung von Auskünften.
- Bei der Behandlung von Anfragen ist demnach zu differenzieren zwischen Anträgen auf Ausfertigungen und Abschriften sowie auf Einsicht der Urschrift, die ausschließlich an § 51 BeurkG zu messen sind, und Anträgen auf Erteilung von Auskünften, die ausschließlich anhand von § 18 BNotO zu entscheiden sind.

III. Besonderheiten bei Parteien kraft Amtes

Parteien kraft Amtes zeichnen sich dadurch aus, dass sie Erklärungen in einem vom Gesetz und von der Bestellung vorgegebenen Aufgabenbereich im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung abgeben. Hierunter fallen Betreuer, Vormünder, Testamentsvollstrecker, (Nachlass-)Insolvenzverwalter, Nachlasspfleger und -verwalter. Nach unbestrittener Meinung stehen diese den Berechtigten nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG gleich.⁷

Dies gilt jedoch nicht ohne Weiteres: Ein Anspruch nach § 51 BeurkG besteht nur insoweit, als ein – in der Diktion des BGH – „Bezug zum Amt“⁸ besteht. Aufgrund der Betroffenheit von Vermögensinteressen des Insolvenzschuldners stand diese Voraussetzung im entschiedenen Fall nicht in-

frage. Der Bezug zum Amt ist in der Regel zu bejahen, wenn die Partei kraft Amtes die beantragte Ausfertigung oder Abschrift zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedarf.⁹ Dieses Korrektiv folgt aus dem Zweck der notariellen Verschwiegenheitspflicht und dient dem Schutz der Urkundsbeteiligten. Der Bezug zum Amt liegt umgekehrt in der Regel nicht vor, wenn und soweit höchstpersönliche Angelegenheiten der vertretenen Person betroffen sind. Dann scheidet seitens des Notars die Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften nach § 51 BeurkG aus. Die Abgrenzung von vermögensrechtlichen und höchstpersönlichen Angelegenheiten kann in der Praxis schwierig sein. Nach allgemeinen Grundsätzen ist die Abgrenzung nach einem objektivierten Maßstab unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu treffen.¹⁰ Die Erteilung von Abschriften von Verfügungen von Todes wegen unterliegt daher strengen Anforderungen. Hierbei ist zu vergegenwärtigen, dass der Notar, der die Urkunde verwahrt, den Bezug zum Amt und die Nichtbetroffenheit von höchstpersönlichen Angelegenheiten nicht immer abschließend beurteilen können – aber auch nicht müssen. Zum einen wird man der Partei kraft Amtes, die die Erfüllung ihrer Aufgaben im gesetzlich vorgegebenen Rahmen schuldet, eine gewisse Einschätzungsprärogative zuzugestehen haben. Zum anderen sieht das Gesetz in Zweifelsfällen ein Verfahren zur Entscheidung vor, nämlich im Anwendungsbereich des § 51 BeurkG die Beschwerdemöglichkeit nach § 54 BeurkG sowie das Vorbescheidsverfahren hierzu. Darüber hinaus kann sowohl im Anwendungsbereich des § 18 BNotO, ebenso wie auch bei Fragen zum Anwendungsbereich des § 51 BeurkG das Verfahren zur Entscheidung der Aufsichtsbehörde nach § 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO eingeholt werden.

Die Befugnisse einer Partei kraft Amtes nach § 51 BeurkG enden nach allgemeinen Grundsätzen ipso iure mit dem Erlöschen des Amtes bzw. mit dem Verlust der Amtsstellung. Darüber hinaus fortdauernde Befugnisse sind zu verneinen.¹¹

Für den (Nachlass-)Insolvenzverwalter wie für die weiteren Parteien kraft Amtes ist im Spannungsfeld zwischen Ansprüchen nach § 51 BeurkG und § 18 BNotO zu bemerken:

Im vorstehend abgesteckten Aufgabenkreis stehen dem Insolvenzverwalter die Ansprüche aus § 51 BeurkG wie einem Urkundsbeteiligten zu. Dieses Korrespondenzprinzip besteht indes nicht bei der Erteilung von Auskunft und der Herausgabe von sonstigen, nicht dem § 51 BeurkG unterfallenden Unterlagen gemäß § 18 BNotO. Nach allgemeinen Grundsätzen darf der Notar erst und nur berechtigt Dritten Auskünfte erteilen, wenn alle geheimnisgeschützten Beteiligten den Notar von der Verschwiegenheitsverpflichtung befreien. Dabei ist die Befugnis zur Befreiung nach allge-

5 Rdnr. 13 der besprochenen Entscheidung.

6 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

7 Rdnr. 9 der besprochenen Entscheidung; z. B. Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, 5. Aufl. 2019, § 51 BeurkG Rdnr. 6; Winkler, BeurkG, § 51 Rdnr. 13.

8 Rdnr. 10 der besprochenen Entscheidung.

9 BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand 01.12.2021, § 51 Rdnr. 24; Bous/Solveen, DNotZ 2005, 261, 280.

10 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 51 Rdnr. 25.

11 Zum Teil anders für die Rechtfertigung der Amtsführung und für die Abwehr von Schadensersatzansprüchen Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, DNot, § 51 BeurkG Rdnr. 19; Winkler, BeurkG, § 51 Rdnr. 10a.

meiner Auffassung höchstpersönlich ausgestaltet.¹² Dies ergibt sich für die Fallgruppen des § 18 Abs. 2 BNotO – Versterben eines Beteiligten oder unverhältnismäßige Schwierigkeiten bei der Erlangung einer Äußerung oder Nichterlangung einer Äußerung – bereits aus der Systematik der Vorschrift. Aus diesem Grund geht auch die Befugnis zur Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht weder auf einen Einzel- oder Sonderrechtsnachfolger noch auf eine – diesen gleichgestellte – Partei kraft Amtes über. Sie verbleibt daher – auch im Aufgabenbereich der Partei kraft Amtes – beim Betreuten, Insolvenzschuldner etc.¹³ Hieraus folgt, dass die Partei kraft Amtes mangels Befugnis zum Tätigwerden im höchstpersönlichen Bereich den Notar nicht von der gegenüber dem Beteiligten bestehenden Verschwiegenheitspflicht befreien kann. Folglich scheidet eine Auskunftserteilung an die Partei kraft Amtes seitens des Notars – auch im vermögensrechtlichen Bereich! – aus.¹⁴ Eine andere Frage ist, ob im Verhältnis des Insolvenzschuldners, Betreuten etc. zur Partei kraft Amtes im Einzelfall eine Verpflichtung oder zumindest Obliegenheit zur Erteilung der Befreiung von der Verschwiegenheit bejaht werden kann. Daneben besteht – bei mehreren Urkundsbeteiligten – die Notwendigkeit, dass von allen Beteiligten entsprechende Befreiungen von der Verschwiegenheitspflicht vorliegen, um die gewünschte Auskunft erteilen zu können. In Zweifelsfällen kann der Notar wiederum das Verfahren nach § 18 Abs. 3 BNotO bemühen und die Entscheidung der Aufsichtsbehörde beantragen.

IV. Voraussetzungen und Grenzen des Anspruchs auf Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften

Der BGH hat in begrüßenswerter Weise Ausführungen zur Bestimmtheit des Antrags nach § 51 BeurkG getätigt:

Der Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften ist von vornherein inhaltlich in der Weise beschränkt gewährt, dass er sich nur auf einzelne Urkunden bezieht, die konkret und so genau wie möglich bezeichnet werden müssen.¹⁵ Damit besteht kein Anspruch eines Antragstellers und korrespondierend keine berufsrechtliche Verpflichtung des Notars, nicht seltenen pauschalen Anträgen zu entsprechen, die darauf gerichtet sind, dass der Notar

- mitteilt, ob der Antragsteller oder sein Rechtsvorgänger an Urkunden beteiligt waren, oder
- sämtliche Urkunden benennt und Abschriften erteilt, an denen der Antragsteller oder seine Rechtsvorgänger beteiligt waren.

12 BGH, Beschluss vom 20.04.2009, NotZ 23/08, DNotZ 2009, 876; Schippel/Görk/Sander, BNotO, 10. Aufl. 2021, § 18 Rdnr. 144; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 42.

13 Schippel/Görk/Sander, BNotO, § 18 Rdnr. 146 ff.; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, § 18 Rdnr. 45 f.

14 Siehe vorherige Fn.

15 Rdnr. 7 und 12 der besprochenen Entscheidung; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.10.2005, I-3 Wx 212/05, RNotZ 2006, 72; entspricht allgemeiner Meinung im Schrifttum.

Solchen Ausforschungsanträgen muss und darf im Hinblick auf das Vertrauen der Bevölkerung in die notarielle Verschwiegenheitspflicht nicht nachgekommen werden.

Der Anspruch nach § 51 BeurkG besteht also, wenn der Antragsteller zum berechtigten Personenkreis gehört und die gewünschten Niederschriften hinreichend genau bezeichnet. Hierbei verlangt der BGH, dass der Antragsteller aufzeigt, dass eine Niederschrift mit seinen bzw. seines Rechtsvorgängers Erklärungen besteht und diese – insbesondere durch Angabe der Nummer in der Urkundenrolle (des Urkundenverzeichnisses), des Errichtungsdatums, des Urkundenthemas und das daran Beteiligten – so genau bezeichnet, dass der Notar sie auffinden kann.¹⁶ Zu weitgehend wäre es, generell die Angabe sämtlicher vorgenannten Suchkriterien zu verlangen. Hierzu sind die Antragsteller – auch nach den Erfahrungen der Praxis – eher selten in der Lage. Der rote Faden wird sein, dass für den Antragsteller die Obliegenheit besteht, die gewünschte Urkunde des beurkundenden oder diese verwahrenden Notars „zumindest ansatzweise zu konkretisieren“,¹⁷ und den Notar damit in die Lage zu versetzen, beispielsweise durch zeitliche Eingrenzung, diese mit zumutbarem Aufwand aufzufinden. Hierbei wird sich der Notar des Urkunden- und Namensverzeichnisses bedienen. Die Schwelle der Zumutbarkeit bzw. das Nichtbestehen eines unverhältnismäßigen Aufwandes hat jüngst bei der Regelung der Gewährung des Zugangs zu notariellen Urkunden und Verzeichnissen zu Forschungszwecken Eingang in § 18b Abs. 3 BNotO gefunden.

V. Sonderfragen

1. Nebenakte

Sedes materiae für Fragen zur Einsicht und Herausgabe der Nebenakte ist nach dem in Ziffer II. Gesagten nicht § 51 BeurkG, sondern § 18 BNotO. Eine beispielhafte Aufzählung des Inhalts der Nebenakte enthält nunmehr § 40 Abs. 2 NotAktVV. Der Notar führt die Nebenakte im Rahmen der berufsrechtlichen Vorgaben (§ 35 BNotO, NotAktVV und DNot), im Übrigen in eigener Verantwortung und ausgerichtet nach seinen büroorganisatorischen Bedürfnissen (und Vorlieben) sowie nach pflichtgemäßen Ermessen. Aus der Eigenverantwortlichkeit der Aktenführung und der notariellen Verschwiegenheitspflicht folgt der Grundsatz, dass ein Einsichtsrecht in die Nebenakte grundsätzlich nicht besteht.¹⁸ Hierüber gibt es keinerlei Dispositionsbefugnis der Beteiligten; konsequenterweise ist die Nebenakte unstreitig

16 Rdnr. 14 der besprochenen Entscheidung.

17 So ausdrücklich Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

18 KG, Beschluss vom 27.05.2003, 1 W 352/02, DNotZ 2004, 202; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.07.2002, 3 W 137/02, DNotZ 2003, 125 f.; LG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.03.1988, 2/9 T 1197/87, DNotZ 1990, 393; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, BNotO, § 51 BeurkG Rdnr. 6; Winkler, BeurkG, § 51 Rdnr. 37 ff.

nicht beschlagnahmefähig.¹⁹ Die Einsicht kann – muss aber nicht – gewährt werden, wenn alle formell und materiell Beteiligten ihr Einverständnis erteilen.²⁰ Daneben kann einem Beteiligten Einsicht gewährt werden in Schriftstücke, die er selbst dem Notar eingereicht hat.²¹ In Aufzeichnungen und/oder Vermerke, die der Notar oder seine Mitarbeiter selbst gefertigt haben, besteht keinerlei Einsichtsrecht, auch nicht bei Einverständnis aller Beteiligten. Diesen Vermerk erstellt der Notar in eigener Veranlassung und im Rahmen seines Ermessens bei der Aktenbehandlung.²² Dritten, insbesondere (Strafverfolgungs- oder Steuer-)Behörden und Gerich-

ten, steht ebenfalls kein Einsichtsrecht zu.²³ Jenseits der steuerlichen Beistandspflichten des Notars existieren keine notariellen Pflichten oder behördliche Befugnisse.

2. Rechtsbehelfsverfahren

Soweit nach Auffassung des Notars ein Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften besteht, ist die beantragte Ausfertigung oder Abschrift zu erteilen. Die Erteilung dieser stellt einen unanfechtbaren Realakt dar.²⁴ Sie kann damit nicht mit der Beschwerde angegriffen werden. Es besteht dann lediglich die Möglichkeit der aufsichtlichen Überprüfung und die Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen. Gegen die Entscheidung des Notars, die beantragte Ausfertigung oder Abschrift nicht vorzunehmen, steht die Möglichkeit der Beschwerde offen (§ 54 BeurkG). Soweit der Notar die Erteilung der Ausfertigung oder Abschrift für richtig erachtet, im Vorfeld hierüber aber bereits unterschiedliche Auffassungen der Parteien bestehen, empfiehlt es sich, die beabsichtigte Erteilung der Ausfertigung oder Abschrift mittels Vorbescheid anzukündigen, gegen den dann Beschwerde eingelegt werden kann.²⁵

19 LG Köln, Beschluss vom 07.04.1981, 117 (62) Qs 3/80, NJW 1981, 1746; LG Aachen, Beschluss vom 23.01.1998, 86 Qs 94/97, DNotZ 1999, 171; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. 2021, § 97 Rdnr. 40; Reiß, MittBayNot 1994, 586; Schippel/Görk/Sander, BNotO, § 18 Rdnr. 175.

20 BGH, Beschluss vom 31.01.2013, V ZB 168/12, DNotZ 2013, 711; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.07.2002, 3 W 137/02, DNotZ 2003, 125 f.; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 51 Rdnr. 63; Schippel/Görk/Sander, BNotO, § 18 Rdnr. 49.

21 LG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.03.1988, 2/9 T 1197/87, DNotZ 1990, 393; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, DNotO, § 51 BeurkG Rdnr. 7; Winkler, BeurkG, § 51 Rdnr. 40.

22 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 51 Rdnr. 63.

23 Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, DNotO, § 51 BeurkG Rdnr. 24; Winkler, BeurkG, § 51 Rdnr. 38.

24 Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 51 Rdnr. 43.

25 Hierzu mit Formulierungshilfen Regler, MittBayNot 2010, 261.

Die Stellung des Erben, des Pflichtteilsberechtigten und des Notars bei der Errichtung notarieller Nachlassverzeichnisse

Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 01.12.2021, IV ZR 189/20*

Von Notar Dr. **Dietmar Weidlich**, Roth b. Nürnberg



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Entscheidungen zum notariellen Nachlassverzeichnis haben momentan Hochkonjunktur. Die in letzter Zeit ergangene Flut an teilweise auch konträren Entscheidungen belegt die Probleme, die im Umgang mit der Erstellung von solchen Verzeichnissen bestehen. Aus den Reihen der notariellen Praxis wird nicht zu Unrecht darauf hingewiesen, dass von der Rechtsprechung teilweise überspannte und nicht erfüllbare Anforderungen gestellt werden,¹ die sich noch dadurch verschärfen, dass dem Notar keine hoheitlichen Befugnisse zustehen. Hierbei ist zu beobachten, dass sich bei der Beantwortung der vielfältig aufgetretenen Streitfragen häufig keine ausreichende Vorstellung über die Rollenverteilung der an der Erstellung des Verzeichnisses beteiligten Akteure und hinsichtlich der Frage, wer die letzte Verantwortung für die Richtigkeit des Verzeichnisses trägt, gemacht wird. Die nunmehr ergangene und gut begründete Entscheidung des BGH bringt insoweit einige begrüßenswerte Klarstellungen, die es verdienen, nochmals näher herausgestellt zu werden.

I. Die Stellung des Erben

1. Der Erbe als Auftraggeber

Wie auch bei anderen Urkundstätigkeiten (§§ 20-22 BNotO) erfordert die Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses ein Ersuchen des Erben, der den Notar auswählt und ihn hierzu beauftragt.² Nach der Rechtsprechung muss der Notar zwar den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig ermitteln und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, dass er den Inhalt verantwortet.³ Trotz dieser eigenständigen Stellung stellt die Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB aber nicht die Erfüllung einer Auskunftspflichtung des Notars dar. Schuldner des Verzeichnisses bleibt nach wie vor der Erbe, was der BGH bereits in früheren Entscheidun-

gen herausgestellt hat.⁴ Das Nachlassverzeichnis dient daher dem alleinigen Zweck, eine Verpflichtung des Erben, welche dieser in Abhängigkeit von der Mitwirkung eines Dritten – dem Notar – vorzunehmen hat, in der nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB vorgegebenen Form zu erfüllen.⁵ Die Aufnahme des Verzeichnisses durch den Notar kann allein die erforderliche inhaltliche Kontrolle nicht gewährleisten, da dieser ohne Mitwirkung des Erben das Verzeichnis nicht erstellen kann.⁶ Der BGH führt aus, dass es die Aufgabe des Erben ist, dem Notar zur Erfüllung seiner Aufgaben die für die Aufnahme des Verzeichnisses erforderlichen Informationen zu übermitteln. Der Erbe ist als Auskunftspflichtiger verpflichtet, eigenes Wissen nicht zurückzuhalten und hat sich anhand der für ihn erreichbaren Erkenntnisquellen bis zur Grenze der Unzumutbarkeit eigenes Wissen zu verschaffen und solches – notfalls mit Unterstützung durch Hilfspersonen – zu vervollständigen.⁷

2. Die Überprüfungspflicht des Erben

Der BGH weist ferner darauf hin, dass sich aus der Stellung des Erben als desjenigen, der die Auskunft zu erfüllen hat, eine Überprüfungspflicht des Erben für die Richtigkeit des Nachlassverzeichnisses ableitet und er hierfür die Verantwortung trägt.⁸ Der Erbe kann sich daher nicht, wie in der Praxis gelegentlich zu beobachten ist, passiv verhalten, um zu hoffen, dass dem Notar nicht alle pflichtteilsrelevanten Vermögensdispositionen auffallen werden. Insofern empfiehlt es sich, den Erben auf dessen Beschaffungs-, Vorlage- und Überprüfungspflicht ausdrücklich hinzuweisen. Die Vorlagepflicht dürfte auch dazu führen, dass Kontounterlagen, sofern zur Ermittlung des fiktiven Nachlasses eine Kontenüberprüfung stattzufinden hat, durch den Erben vorzulegen und nicht durch den Notar einzuholen sind. In diesem Zusammenhang hat das OLG Celle darauf hingewiesen, dass der Notar die Pflicht zur Durchsicht von Kontounterlagen auf den Erben delegieren kann, jedenfalls solange nicht der Pflichtteilsberechtigte bestimmte Auffälligkeiten benennt, die den Notar zu einer eigenen Ermittlung insoweit

* MittBayNot 2022, 246 (in diesem Heft)

1 Siehe *Bracker*, notar 2016, 435; insoweit auch zust. *Damm*, notar 2016, 437, 438.
2 Siehe BeckOK-BNotO/*Sander*, Stand: 31.07.2021, § 15 Rdnr. 5.
3 Siehe insbesondere BGH, Urteil vom 31.10.2018, IV ZR 313/17, NJW 2019, 234, 236 Rdnr. 22.

4 Siehe insbesondere BGH, Urteil vom 31.10.2018, IV ZR 313/17, NJW 2019, 234, 236 Rdnr. 22.

5 Siehe Rdnr. 17 und 21 der besprochenen Entscheidung.

6 Siehe Rdnr. 18 und 24 der besprochenen Entscheidung.

7 Siehe Rdnr. 27 der besprochenen Entscheidung.

8 Siehe Rdnr. 27 der besprochenen Entscheidung.

veranlassen könnten.⁹ Auch wenn der Notar im Einzelfall selbst zur Durchsicht von Kontounterlagen verpflichtet ist,¹⁰ dürfte dies dafür sprechen, vom Erben aufgrund seiner Vorlagepflicht eine Vorsichtung und geordnete Aufstellung möglicher pflichtteilsrelevanter Vorgänge verlangen zu können. Dem Notar können seine Ermittlungen nicht dadurch erschwert werden, dass an ihn eine Vielzahl ungeordneter und unsortierter Unterlagen übergeben wird, weil sowohl dem Erben als auch dessen Rechtsanwalt die Durchsicht und Ordnung solcher Unterlagen als zu mühsam erscheint.

II. Der Umfang der eidesstattlichen Versicherung

Besinnt man sich auf die Überprüfungs- und Auskunftserfüllungspflicht des Erben bei der Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses, so erschließt sich die Antwort auf die im Zentrum der BGH-Entscheidung stehende Frage, welchen Umfang eine vom Erben gemäß den § 2314 Abs. 1 Satz 2, § 260 Abs. 1 BGB abzugebende eidesstattliche Versicherung hat, von selbst. Die Erfüllung einer Auskunftspflicht des Erben, der die Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Verzeichnisses trägt, führt dazu, dass sich die Versicherung an Eides statt nicht auf die Angaben, die im Verzeichnis als solche des Erben gekennzeichnet sind, beschränken kann, sondern die Vollständigkeit sämtlicher Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis an Eides statt zu versichern ist. Die überwiegende Meinung hat in der Vergangenheit eine solche umfassende Erklärungspflicht abgelehnt, da der Erbe nur bezüglich eigener Handlungen und Wahrnehmungen eine Bekräftigung der Versicherung abgeben könne und es ihm nicht zuzumuten sei, mit einer eigenen eidesstattlichen Versicherung ein Verzeichnis zu beschwören, dessen Inhalt letztlich nicht in seiner Entscheidungsmacht und Verantwortung liegt. Gegenstand einer eidesstattlichen Versicherung des Erben könnten daher nur dessen Angaben zum Nachlassbestand sein, sofern sie im Verzeichnis als solche gekennzeichnet vom Notar aufgenommen wurden.¹¹

Diese Sichtweise verengt den Blick auf den Herstellungsakt des notariellen Nachlassverzeichnisses und lässt dabei außer Betracht, dass mit der Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses der Erbe eine zwar vom Notar überprüfte, aber von ihm selbst geschuldete und ihm zuzurechnende Auskunft erfüllt. Für den Erben entsteht hierdurch auch keine unzumutbare Situation, wenn er mit dem Inhalt des Verzeichnisses nicht einverstanden ist. Das Gesetz lässt in § 261 Abs. 1 BGB genügend Raum für entsprechend flexible Fassungen der vom Erben an Eides statt zu versichernden Formel mit dem von ihm für erforderlich gehaltenen Ergänzungen und Berichtigungen. Für diese vom BGH zu Recht

befürwortete Lösung¹² spricht letztendlich auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber § 2314 BGB so konzipiert hat, dass dem Pflichtteilsberechtigten der Auskunftsanspruch in verschiedenen Stärkegraden zusteht, wobei das notarielle Nachlassverzeichnis als das stärkere und mit einer höheren Richtigkeitsgewähr ausgestattete Auskunftsmittel angesehen wird.¹³ Gäbe es beim notariellen Nachlassverzeichnis nicht die Möglichkeit, den auskunftspflichtigen Erben zur eidesstattlichen Versicherung seiner Angaben zu zwingen, so würde sich die Forderung nach einem solchen Verzeichnis als das gegenüber dem privat erstellten Verzeichnis schwächere Begehren darstellen. Zudem würden sich unter Zugrundelegung der bisherigen herrschenden Meinung bedenkliche Rechtsschutzlücken zulasten des Pflichtteilsberechtigten ergeben. Denkbar wäre zum Beispiel der Fall, dass dem Notar durch die Bank eine fehlerhafte Auskunft erteilt wurde und der Notar dadurch Bankkonten fehlerhaft oder unvollständig in das Nachlassverzeichnis aufgenommen hat. Erkennt der Erbe dies und legt er das Verzeichnis vor, ohne den Fehler aufzudecken, so wäre dies für den Erben im Rahmen des § 260 Abs. 2 BGB sanktionslos, da es sich um eine Ermittlung des Notars und nicht um eine Angabe des Erben handelt.

Ist der Erbe anderer Meinung als der Notar, dürfte es sich in der Praxis empfehlen, seine abweichende Meinung in das Verzeichnis aufzunehmen. Ohnehin ist zu bedenken, dass der Notar über die Frage von Schenkungen, auch Teilschenkungen, und der Nachlasszugehörigkeit von Gegenständen keine abschließende Entscheidung zu treffen hat und das Verzeichnis nur die Wiedergabe einer ggf. überschießenden Faktenlage darstellt, deren endgültige Pflichtteilsrelevanz durch die Parteien selbst zu klären ist. Mit der Entscheidung des BGH wird damit auch die teilweise an den Notar gestellte Anforderung hinfällig, im Rahmen des Nachlassverzeichnisses genau zu kennzeichnen, was sich als reines Ermittlungsergebnis des Notars darstellt oder auch auf eine zustimmende Erklärung des Erben zurückzuführen ist,¹⁴ was die ohnehin nicht leichte Aufgabe der Erstellung eines korrekten notariellen Nachlassverzeichnisses weiter verkomplizieren würde.

III. Die Vorlagepflicht des Erben

Der BGH weist darauf hin, dass der Erbe auch darüber entscheidet, ob er das Verzeichnis verwendet.¹⁵ Dies folgt aus der Stellung des Erben als desjenigen, der den Notar auswählt und mit der Erstellung des Verzeichnisses eine eigene Auskunftspflicht erfüllt. Ist er mit dem Inhalt des

9 OLG Celle, Urteil vom 25.03.2021, 6 U 74/20, BWNNotZ 2021, 203, 205 f. = FamRZ 2021, 1584.

10 Vgl. hierzu OLG Hamburg, Beschluss vom 21.07.2014, 2 W 63/14, BeckRS 2016, 10391; Urteil vom 28.09.2016, 2 U 29/15, MittBayNot 2018, 357, 359 m. Anm. Braun; OLG Jena, Beschluss vom 01.02.2016, 1 W 9/16, NotBZ 2016, 186, 188.

11 Siehe KG, Urteil vom 12.06.2014, 1 U 32/13, ErbR 2016, 278, 279; MünchKomm-BGB/Lange, 8. Aufl. 2020, § 2314 Rdnr. 29.

12 Die besprochene Entscheidung vehement ablehnend dagegen Lange, ZEV 2022, 90.

13 BGH, Urteil vom 02.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602, 603.

14 Siehe Heinze, RNotZ 2019, 260, 261; MünchKomm-BGB/Lange, § 2314 Rdnr. 29. Nach Damm, notar 2016, 219, 222, bestand allerdings keine Notwendigkeit für eine derartige Maßnahme, da in der Regel ein entsprechender Auftrag an den Notar fehlen wird und das Nachlassverzeichnis nur die Ermittlungsergebnisse des Notars enthalten muss.

15 Siehe Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung.

Verzeichnisses nicht einverstanden, bleibt es ihm unbenommen, die Vorlage des Verzeichnisses beim Pflichtteilsberechtigten zu unterlassen und ggf. einen anderen Notar mit der Erstellung eines weiteren Verzeichnisses zu beauftragen. Insofern sollte der Notar auch davon absehen, ohne Rücksprache mit dem Erben dem Pflichtteilsberechtigten das Nachlassverzeichnis bzw. einen Entwurf zu übersenden oder hierzu Auskunft zu erteilen. Verwendet der Erbe das erstellte Verzeichnis nicht, droht ihm allerdings die Gefahr, dass der Pflichtteilsberechtigte die ihm zustehenden Mittel zur Durchsetzung seines Auskunftsanspruchs ergreift. Als Schuldner eines Auskunftsanspruchs obliegt es dem Erben, für eine zeitnahe Erledigung seiner Pflicht zu sorgen. Die Nichtverwendung eines erstellten Nachlassverzeichnisses birgt für den Erben das Problem, dass er durch die Neubeauftragung eines Notars die für ihn geltenden Fristen nicht mehr einhalten kann. Daher wird es für ihn in der Regel der bessere Weg sein, das erstellte Nachlassverzeichnis unter Darlegung seiner abweichenden Meinung vorzulegen.

IV. Die Stellung des Pflichtteilsberechtigten

1. Die Stellung als stiller Beobachter

Nach allgemeiner Auffassung ist der Pflichtteilsberechtigte nicht berechtigt, selbst beim Notar die Aufnahme des Verzeichnisses zu verlangen,¹⁶ sondern er kann nur vom Erben dessen Erstellung fordern. Nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB steht ihm allerdings das Recht zu, dass er bei der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses hinzugezogen wird. Das persönliche Recht des Pflichtteilsberechtigten, bei der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses selbst anwesend zu sein, wird nicht dadurch ersetzt, dass ein Notar das Verzeichnis aufnimmt, sodass dieses Recht sowohl bei der Erstellung eines privaten als auch bei der Erstellung eines amtlichen Verzeichnisses besteht. Ein Verstoß gegen eine verlangte Hinzuziehung bei der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses begründet in der Regel einen Anspruch auf Wiederholung der Aufnahmeverhandlung.¹⁷

Das Hinzuziehungsrecht dient dem Kontrollbedürfnis des Auskunftsberechtigten und soll ihn dazu befähigen, eigene von denen des Auskunftspflichtigen abweichende Erkenntnisse dazu zu nutzen, um vom Auskunftspflichtigen die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB zu verlangen.¹⁸ Allgemein wird davon ausgegangen, dass dem Pflichtteilsberechtigten bei seiner Hinzuziehung nur die Position eines stillen Beobachters zukommt, dem keine Mitwirkungsrechte zustehen. Er ist insbesondere nicht befugt, die Richtigkeit des Nachlass-

verzeichnisses vor Ort anzuzweifeln.¹⁹ Bestätigt wird die Position des Pflichtteilsberechtigten auch durch eine Entscheidung des BGH, wonach der Erbe bei der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses nicht zwingend persönlich anwesend sein muss, wenn nach Abschluss der Ermittlungen des Notars kein weiterer Aufklärungsbedarf besteht.²⁰ Aus dieser fehlenden Anwesenheitspflicht des Erben ergibt sich zwangsläufig, dass der Pflichtteilsberechtigte auch bei Anwesenheit des Erben nicht berechtigt sein kann, den Erben zu befragen. Allerdings kann es ihm wohl kaum verwehrt werden, dem Notar Hinweise zu geben, die, sofern sie substantiiert sind und nicht nur ins Blaue hinein erfolgen, die Notwendigkeit einer weiteren Aufklärung auslösen können.²¹ Im Übrigen verbleibt dem Pflichtteilsberechtigten bei abweichenden Erkenntnissen nur die Möglichkeit, von seinen sonstigen ihm gegenüber dem Erben zustehenden Rechten Gebrauch zu machen und ggf. die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung zu verlangen.

Obwohl die vorgenannte Entscheidung des BGH nunmehr die Möglichkeit bietet, ein Aufeinandertreffen des Erben mit dem Pflichtteilsberechtigten zu vermeiden, erscheint dies in der Praxis wenig empfehlenswert. Seitens des Erben muss immer damit gerechnet werden, dass etwaige Hinweise und Monierungen im Aufnahmetermin durch den Pflichtteilsberechtigten einen weiteren Aufklärungsbedarf nach sich ziehen können. Dadurch bedingte und bei Anwesenheit des Erben einfach zu klärende Rückfragen führen dann dazu, dass das Verfahren nicht abgeschlossen werden kann. Für den Erben ist dies unter Umständen mit der Gefahr einer nicht zeitgerechten Erstellung des Nachlassverzeichnisses verbunden.

2. Hinzuziehung bei Vorbereitungshandlungen

Der für die förmliche Aufnahme des Nachlassverzeichnisses bestimmte Termin stellt den Abschluss der Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses dar und endet mit der Erstellung des Nachlassverzeichnisses. Dies kann in Form eines Tatsachenprotokolls gemäß § 37 BeurkG bzw. einer berichtenden Urkunde eigener Art in Anlehnung an § 37 BeurkG erfolgen²² oder in der für die Beurkundung von Willenserklärungen erforderlichen Form nach den §§ 8 ff. BeurkG, da auch bei einer solchen Urkunde neben den rechtlichen Erklärungen des Erben zusätzlich berichtende Tatsachen des Notars enthalten sein können.²³ Letzteres setzt allerdings die Anwesenheit des Erben voraus.

Umstritten ist die Frage, inwieweit das Hinzuziehungsrecht

16 Siehe Grüneberg/Weidlich, 81. Aufl. 2022, § 2314 Rdnr. 4.

17 OLG Köln, Beschluss vom 25.02.2021, 24 W 50/20, 24 W 51/20, ErbR 2021, 709; einschränkend OLG Zweibrücken, Beschluss vom 07.09.2015, 3 W 89/15, ZErB 2015, 346 in Bezug auf die Aufnahmeverhandlung zur Ergänzung eines bestehenden Verzeichnisses.

18 Vgl. KG, Urteil vom 18.12.1995, 12 U 4352/94, NJW 1996, 2312, 2313.

19 KG, Urteil vom 18.12.1995, 12 U 4352/94, NJW 1996, 2312, 2313; Bracker, notar 2016, 436; MünchKomm-BGB/Lange, § 2314 Rdnr. 42.

20 BGH, Beschluss vom 13.09.2018, I ZB 109/17, NJW 2019, 231 ff.; siehe auch Schönenberg-Wessel, ZErB 2021, 165 ff.

21 Ähnlich Staudinger/Herzog, Neub. 2015, § 2314 Rdnr. 76.

22 Siehe hierzu BeckOK-BNotO/Sander, § 20 Rdnr. 109; BeckOGK-BGB/Blum/Heuser, Stand: 15.06.2021, § 2314 Rdnr. 50 ff.

23 Braun, MittBayNot 2008, 351, 354; a. A. BeckOK-BNotO/Sander, § 20 Rdnr. 109.

auch die Hinzuziehung zu Vorbereitungshandlungen erfasst, welche dem förmlichen Aufnahmetermin und der Errichtung der notariellen Urkunde vorgeschaltet sind. Diskutiert wird dies derzeit vor allem bezüglich der Überprüfung von Kontenunterlagen, soweit eine solche notwendig ist. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung umfasst die Auskunftspflicht des Erben keine Rechenschaftslegung nach § 259 BGB, da eine solche wegen des Verweises auf § 260 BGB in § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB gerade nicht geschuldet ist. Zur Überprüfung der Nachvollziehbarkeit oder Richtigkeit der Auskunft sieht das Gesetz aber keine weitergehenden Rechenschaftspflichten des Erben vor, sondern nur die Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses und bei Vorliegen von deren Voraussetzungen die Abgabe der eidesstattliche Versicherung. Nur zur Kontrolle seiner Angaben kann daher nach der obergerichtlichen Rechtsprechung die Vorlage von Belegen, wie Quittungen, Konto- und Depotauszügen, nicht verlangt werden.²⁴ Eine Ausnahme besteht nur, wenn der Wert einzelner Nachlassgegenstände, wie zum Beispiel der von Unternehmen bzw. Beteiligungen hieran, ungewiss ist. Hier hat die Rechtsprechung einen Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Vorlage solcher Unterlagen anerkannt, die notwendig sind, damit er zur Berechnung seines Pflichtteils den Wert dieser Nachlassgegenstände selbst abschätzen kann.²⁵

Unter Verweis auf das Hinzuziehungsrecht bejaht *Horn* allerdings die Möglichkeit des Pflichtteilsberechtigten, dem Notar bei der Sichtung der Kontounterlagen „über die Schulter schauen zu können“ und auf diese Weise Einblick in die Kontounterlagen zu erhalten.²⁶ Dem ist zu widersprechen. Inhaltlich besteht kein Unterschied zwischen einem privat und einem notariell erstellten Verzeichnis, da beide Verzeichnisse insoweit wesensgleich sind.²⁷ Dies gilt auch für das Recht zur Hinzuziehung des Pflichtteilsberechtigten nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB. Verneint man eine Belegvorlagepflicht bzw. Pflicht zur Einsichtnahme bei Erstellung eines privaten Verzeichnisses, lässt sich eine solche Pflicht dann auch nicht auf dem Umweg über die zu einem notariellen Verzeichnis erforderlichen Vorbereitungshandlungen konstruieren. Gegen eine solche Erweiterung spricht, worauf das LG Nürnberg-Fürth zutreffend hingewiesen hat,²⁸ dass es dem Notar möglich sein muss, vorbereitende Ermittlungshandlungen bei entsprechender zeitlicher Gelegenheit unter Berücksichtigung seiner sons-

tigen gegenüber anderen Personen geschuldeten Amtstätigkeit vorzunehmen. Nach der Rechtsprechung sind für das Hinzuziehungsrecht des Pflichtteilsberechtigten dagegen mehrere rechtzeitig angekündigte Terminvorschläge nötig,²⁹ wobei das OLG Frankfurt a. M. die Mitteilung zweier Termine mit einer Vorlaufzeit von mehr als drei Wochen neuerdings für ausreichend gehalten hat.³⁰ In der Praxis wird sich eine Kontendurchsicht, vor allem, wenn sie sich auf einen Zehnjahreszeitraum bezieht, nur verteilt auf mehrere Tage bzw. Wochen durchführen lassen. Müsste der Notar sich bei jeder von ihm geplanten Durchsicht mit dem Pflichtteilsberechtigten abstimmen, würde dies zu einer weiteren Aufblähung des Verfahrens führen und die Erstellung des Verzeichnisses in einer angemessenen Zeit nahezu unmöglich machen.³¹ Aus § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB wird man daher keine Pflicht zur Hinzuziehung des Pflichtteilsberechtigten zu Vorbereitungsmaßnahmen herleiten können.³² Konsequenterweise müsste dies auch dann für andere Vorbereitungshandlungen wie eine etwaige Besichtigung der Erblasserwohnung zur Inventarisierung der Nachlassgegenstände gelten.

3. Hinzuziehung aus praktischen Erwägungen

Auch wenn keine Hinzuziehungspflicht und kein Hinzuziehungsrecht besteht, kann sich eine solche im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung als sinnvoll erweisen. Ergibt sich im konkreten Fall die Notwendigkeit einer Besichtigung der Erblasserwohnung zur Erfassung des Hausinventars,³³ liegt die Hinzuziehung des Pflichtteilsberechtigten durchaus im Interesse des Notars. Denn hierdurch wird er in die Lage versetzt, zu klären, auf welche Feststellungen der Berechtigte besonderen Wert legt und welche für ihn entbehrlich sind. Die inhaltlichen Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis unterliegen der Disposition des Auskunftsberechtigten, sodass dieser auch darauf verzichten kann, bestimmte Gegenstände oder Gruppen von Gegenständen in das Verzeichnis aufzunehmen oder einzeln aufzuführen. Genügt dem Berechtigten die Aufstellung eines Teilverzeichnisses oder verzichtet er auf die Aufnahme bestimmter Gruppen von Gegenständen, so ist auch ein sol-

24 OLG Bremen, Beschluss vom 29.06.2000, 4 WF 59/00, MDR 2000, 1324; OLG Brandenburg, Urteil vom 14.07.2020 – 3 U 38/19, FamRZ 2021, 1760, 1762; OLG München, Urteil vom 23.08.2021, 33 U 325/21, NJW-RR 2021, 1376; a. A. Staudinger/*Herzog*, § 2314 Rdnr. 32, 33; *Fleischer*, ErbR 2013, 242, 243; *Schlitt*, ZEV 2007, 515, 519.

25 BGH, Urteil vom 02.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602, 604; Urteil vom 30.10.1974, IV ZR 41/73, NJW 1975, 258 f.; siehe auch OLG München, Urteil vom 23.08.2021, 33 U 325/21, NJW-RR 2021, 1376, 1377. Ggf. ist dies allerdings eine Frage des Wertermittlungs- und nicht des Auskunftsanspruchs.

26 *Horn*, NJW 2016, 2150, 2151; *ders.*, ZEV 2018, 376, 378; *ders.*, ErbR 2018, 606; ebenso *Pappenheimer*, ErbR 2020, 783.

27 Siehe Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung.

28 Az. 6 O 8108/17, nv.

29 OLG Köln, Beschluss vom 25.02.2021, 24 W 50/20, 24 W 51/20, ErbR 2021, 709; OLG Brandenburg, Urteil vom 07.01.2004, 13 U 25/03, ZErB 2004, 104; LG Aurich, Urteil vom 07.07.2004, 5 O 367/04, NJW-RR 2005, 1464.

30 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 12.10.2021, 10 W 29/21, BeckRS 2021, 32546.

31 Ebenso *Keim*, ZEV 2018, 501, 502; *Weidlich*, ZEV 2018, 414, 415; *Lange*, ZEV 2019, 92.

32 So auch MünchKomm-BGB/*Lange*, § 2314 Rdnr. 42; BeckOK-BGB/*Müller-Engels*, § 2314 Rdnr. 25; a. A. *Dietrich*, ZErB 2021, 389, 392 f.

33 Inwieweit eine solche Pflicht besteht, ist umstritten; siehe hierzu LG Schwerin, Urteil vom 13.04.2012, 4 T 3/12, ZEV 2012, 425; tendenziell befürwortend DNotI-Report 2003, 137, 138; *Koroch*, RNotZ 2020, 537, 546; einschränkend wohl *Roth*, ZErB 2007, 402, 404; abl. *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, 10. Aufl. 2014, Rdnr. 1.352.

ches Teilverzeichnis vollständig errichtet.³⁴ Die Erfahrungen in der Praxis zeigen, dass trotz der oft damit verbundenen angespannten Stimmung sich die Inventaraufnahme auf einige Inventargegenstände zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses beschränken lässt und hierdurch die in anderen Fällen häufig umstrittene und in der Rechtsprechung unterschiedlich entschiedene Problematik, wie genau das Hausinventar und in welcher Form dieses zur Erfüllung einer ordnungsgemäßen Auskunft darzulegen ist, vermieden werden kann.³⁵

Eine Pflicht zur Anwesenheit besteht für den Pflichtteilsberechtigten allerdings nicht, sodass der Notar die Erstellung des Nachlassverzeichnisses auch nicht von seiner Anwesenheit abhängig machen kann.

Die vorstehende Empfehlung gilt auch in Bezug auf die Durchsicht der Kontounterlagen durch den Pflichtteilsberechtigten. Verweigert der Erbe dies in der Erwartung, unnötigen Diskussionen dadurch aus dem Weg zu gehen, so kann eine solche Haltung durchaus das Gegenteil bewirken. Da der Notar Positionen, die möglicherweise pflichtteilsrelevant sein können, aufzuführen hat und keine abschließende Entscheidungskompetenz besitzt, wird er geneigt sein, im Zweifel auch unklare Positionen aufzuführen, auf die der Pflichtteilsberechtigte unter Umständen bei eigener Durchsicht gar keinen Wert gelegt hätte. Hierdurch wird die Diskussion und die Notwendigkeit von Nachermittlungen eher befeuert als entschärft, vor allem dann, wenn gleichzeitig der Eindruck entsteht, der Erbe wolle die Offenlegung von Informationen verhindern.

V. Einschränkungen des Ermittlungsumfangs

Da der Notar nach § 20 BNotO nur auf ein Ersuchen des Erben tätig wird, bestimmt der Erbe als Auskunftsschuldner letztendlich im Rahmen seines Auftrags den Umfang der Ermittlungen, sodass er auch nur einen beschränkten Auftrag, zum Beispiel zur Erstellung eines Verzeichnisses ohne eigene Ermittlungen oder ohne Berücksichtigung des fiktiven Nachlasses, erteilen kann.

Mit der Beauftragung des Notars setzt der Erbe daher trotz dessen von der Rechtsprechung postulierten eigenen Ermittlungspflicht keinen Prozess in Gang, den er nicht mehr stoppen oder, zum Beispiel in Bezug auf seinen Umfang, beeinflussen kann. Unzutreffend ist damit auch der Hinweis, dass der Notar einer Anweisung des Erben, bestimmte Gegenstände aufzunehmen bzw. nicht aufzunehmen, in keinem Falle Folge leisten darf.³⁶

Dass der Erbe Einfluss auf den Umfang der Ermittlungstätigkeit nehmen kann, ergibt sich bereits daraus, dass auch Teilverzeichnisse möglich sind,³⁷ sei es, weil der Pflichtteilsberechtigte kein vollständiges Verzeichnis gefordert hat oder der Erbe letztendlich austesten will, ob sich der Pflichtteilsberechtigte mit einem Teilverzeichnis nicht doch zufrieden gibt. Die Notwendigkeit eines Teilverzeichnisses kann sich zum Beispiel auch daraus ergeben, dass eine Wohnungsbesichtigung außerhalb des Amtsbezirks des aufnehmenden Notars erforderlich ist.³⁸

Der Notar kann daher seine Tätigkeit nicht verweigern, selbst wenn dabei kein vollständiges Nachlassverzeichnis erstellt wird. So hat auch die Rechtsprechung in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass der Notar zwar die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses ablehnen kann, wenn der Auskunftsverpflichtete nicht mitwirkt. Das bezieht sich aber nur auf eine komplette Verweigerung der Auskunft. In anderen Fällen, zum Beispiel wenn Einzelaspekte wegen fehlender Auskünfte des Pflichtteilsberechtigten nicht aufklärbar sind,³⁹ beschränkt sich die Pflicht des Notars darauf, die nicht ermittelten Aspekte aufzuzeigen. Nichts anderes kann dann aber gelten, wenn der Erbe den Notar nur zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses mit einem beschränkten Umfang beauftragt. Da der Pflichtteilsberechtigte nicht Auftraggeber ist, kann er dem Notar insoweit keine gegenteiligen Weisungen erteilen. Er ist daher auf seine Ansprüche gegenüber dem Erben angewiesen, wenn dieser seine unter Beiziehung des Notars zu erbringende Auskunft nur unvollständig erfüllt. Zu seinem Schutze und zur Vermeidung eines falschen Anscheins dürfte es aufgrund der Neutralitätspflicht des Notars erforderlich sein, dass dieser im Verzeichnis klarstellt, auf welche Gegenstände sich das Nachlassverzeichnis beschränkt oder welche Gegenstände ausgenommen sind und dass er zu weitergehenden Ermittlungen nicht beauftragt wurde.⁴⁰ Den Erben hat er zudem darauf hinzuweisen, dass ein derartiges Verzeichnis jedenfalls nicht den Anforderungen der obergerichtlichen Rechtsprechung an ein notarielles Nachlassverzeichnis im Sinne des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB genügt.⁴¹ Will der Erbe, dass der Notar gewisse Überprüfungen, wie die Einsicht von Kontounterlagen oder Anhörung naher Angehöriger, unterlässt, hat er es selbst zu verantworten, wenn das Nachlassverzeichnis nicht den Anforderungen des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB entspricht. Dies muss auch einem vom Erben in solchen Angelegenheiten häufig

34 OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.01.2014, 19 W 3/14, ZErB 2014, 174; Schreinert, RNotZ 2008, 61, 69.

35 Siehe hierzu aus letzter Zeit OLG Brandenburg, Urteil vom 14.07.2020, 3 U 38/19, FamRZ 2021, 1760, 1762; OLG Celle, Urteil vom 29.10.2020, 6 U 34/20, NJW-RR 2021, 73, 74 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.09.2019, I-7 W 29/19, ErbR 2019, 772; OLG Koblenz, Beschluss vom 26.04.2021, 12 W 145/21, ErbR 2021, 1081.

36 Siehe Schmitz, RNotZ 2016, 231, 232.

37 Siehe Grüneberg/Weidlich, § 2314 Rdnr. 11; MünchKomm-BGB/Lange, § 2314 Rdnr. 27; Damm, notar 2016, 219, 228; BGH, Urteil vom 02.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602, 603, welcher ein einheitliches Verzeichnis allerdings für wünschenswert hält.

38 Siehe BeckOGK-BGB/Blum/Heuser, § 2314 Rdnr. 49.3.

39 Siehe LG Schwerin, Urteil vom 13.04.2012, 4 T 3/12, ZEV 2012, 425; OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.01.2014, 19 W 3/14, ZErB 2014, 174, 175.

40 Schreinert, RNotZ 2008, 61, 72.

41 So auch LG Kleve, Teilurteil vom 09.01.2015, 3 O 280/14, FamRZ 2015, 1755, 1756.

bei der Auftragserteilung eingeschalteten anwaltlichen Berater bewusst sein.⁴²

VI. Schlussbetrachtung

Die neue Entscheidung des BGH unterstreicht die Verantwortung des Erben für die Erstellung eines korrekten notariellen Nachlassverzeichnisses. Er kann sich nicht zurücklehnen und abwarten, zu welchen Ergebnissen die Ermittlungen des Notars führen, sondern hat aktiv mitzuwirken. Eine unzureichende Mitwirkung des Erben, zum Beispiel wegen zögerlicher Unterlagenvorlage bzw. Unterlagensichtung, geht zu seinen Lasten und kann insbesondere nicht die Bearbeitungszeit des Notars verkürzen. Für deren Dauer kann es keine schematischen Anforderungen geben. Auch aus der Richterschaft wird darauf hingewiesen, dass die Anfertigung eines notariellen Nachlassverzeichnisses eine nicht unerhebliche Zeit in Anspruch nimmt. Der in der Literatur genannte Zeitraum von drei bis vier Monaten dürfte nur für einfache Fälle gelten, ansonsten sich aber in der Praxis meistens als unrealistisch erweisen.⁴³ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Notar eine ausführliche Unterlagenprüfung, wie eine Überprüfung der Konten, oder die Durchführung von Besichtigungs- und umfangreiche Inventarisierungsmaßnahmen vorzunehmen hat bzw. die Beteiligten einschließlich der Banken ihren Mitwirkungs- und

Auskunftspflichten nicht ausreichend nachkommen und deshalb mehrfache Rückfragen erforderlich sind. Der zeitliche Vorlauf wird daher in der Regel deutlich länger sein.⁴⁴

Zur zeitgerechten Erstellung eines Verzeichnisses wird man allerdings auch eine Pflicht des Pflichtteilsberechtigten bejahen müssen, auf Verlangen des Erben bzw. Notars seinen Auskunftsbedarf genauer zu konkretisieren. Dies gilt insbesondere bzgl. des notwendigen Umfangs hinsichtlich der Angaben von Sachgesamtheiten wie Möbel, Geschirr und sonstigem Wohnungsinventar. Auf eine solche Konkretisierungspflicht hat bereits andeutungsweise das OLG Karlsruhe im Zusammenhang mit der Angabe wertbildender Faktoren hingewiesen.⁴⁵ Bei einem Verstoß hiergegen kann der Pflichtteilsberechtigte sich dann nicht auf eine unvollständige Auskunft berufen.⁴⁶ Auch Zeitverzögerungen, die dadurch entstehen, dass der Pflichtteilsberechtigte ungegerechtfertigte Einwendungen gegen einen übersandten Entwurf des Verzeichnisses erhebt und den Notar veranlasst, sich mit diesen Einwendungen auseinanderzusetzen, hat der Pflichtteilsberechtigte selbst zu verantworten.⁴⁷

42 Zur vorrangigen Haftung des anwaltlichen Beraters siehe BGH, Urteil vom 08.01.2004, III ZR 39/03, DNotZ 2004, 362; Urteil vom 22.10.1987, IX ZR 175/86, DNotZ 1988, 379; Urteil vom 24.10.2002, III ZR 107/02, NJW 2003, 202; Urteil vom 07.01.1993, IX ZR 199/91, NJW 1993, 1587, 1589; *Keim*, ZEV 2018, 501, 503; *Weidlich*, ZEV 2017, 241, 247.

43 *Regenfus*, ZEV 2020, 8, 9; siehe auch *Keim*, NJW 2020, 2996 f.; zu undifferenziert OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2020, I-7 W 92/19, ZEV 2020, 293.

44 *Grüneberg/Weidlich*, § 2314 Rdnr. 7.

45 OLG Karlsruhe, Urteil vom 09.12.2014, 8 U 187/13, FamRZ 2015, 1756; insoweit zu Recht krit. *Braun*, MittBayNot 2015, 497.

46 *Grüneberg/Weidlich*, § 2314 Rdnr. 7; siehe auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.12.2019, I-7 W 50/19, ErbR 2020, 510 bei fehlendem Auskunftsverlangen unter Verweis auf § 242 BGB; OLG München, Beschluss vom 08.09.2003, 24 W 206/03, FamRZ 2004, 821; OLG Celle, Beschluss vom 21.07.2005, 4 W 151/05, NJW-RR 2005, 1374 zur Auskunft über den fiktiven Nachlass.

47 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.02.2020, I-7 W 92/19, ZEV 2020, 294, 295.

Praxisupdate Erbbaurecht

Von Notar Dr. **Luitpold Graf Wolffskeel v. Reichenberg**, Bamberg



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Der folgende Beitrag knüpft an das letzte Praxisupdate Erbbaurecht (MittBayNot 2021, 219) an und gibt einen Überblick über ausgewählte notarrelevante Entwicklungen im Erbbaurecht, die sich seitdem ergeben haben. Insbesondere lohnt der Blick auf einige Gerichtsentscheidungen, um hier up to date zu bleiben.

I. Erbbauzinserhöhung – OLG Naumburg, Beschluss vom 11.01.2021, 12 Wx 72/20

Bekanntermaßen wird für die Erbbaurechtsbestellung regelmäßig (auch) ein Entgelt in Form wiederkehrender (Geld-) Leistungen vereinbart (sog. Erbbauzins, § 9 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 ErbbauRG). Gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG sind die Regeln über die Reallast (§§ 1105 ff. BGB) entsprechend anwendbar. Es handelt sich nicht um einen dinglichen Inhalt des Erbbaurechts, sondern um eine dingliche Belastung des Erbbaurechts.¹ Die Höhe des Erbbauzinses steht grundsätzlich zur freien Verhandlung der Beteiligten. Häufig orientieren sich die Beteiligten jedoch an einem bestimmten Prozentsatz des Bodenwertes zum Zeitpunkt der Erbbaurechtsbestellung.²

Da Erbbaurechte meistens eine längere Dauer haben, liegt es auf der Hand, dass der einmal vereinbarte Erbbauzins einer starken inflationsbedingten Geldentwertung unterliegt. Daher wird der Erbbauzins regelmäßig wertgesichert (§ 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB) mit Anknüpfung an den Verbraucherpreisindex vereinbart.³ Mit hiermit zusammenhängenden Fragen hatte sich das OLG Naumburg in seiner Entscheidung vom 11.01.2021, 12 Wx 72/20⁴ zu befassen:

Laut dem mitgeteilten Sachverhalt wurde im Jahr 2016 der Erbbauzins wertgesichert vereinbart und eine entsprechende Reallast mit Wertsicherungsklausel im Jahr 2017 in das Erbbaugrundbuch eingetragen. Im Jahr 2019 wurde aufgrund eines Umlegungsverfahrens eine Veränderungs- und Verfügungssperre gemäß § 51 BauGB eingetragen. Aufgrund der Wertsicherungsklausel hatte sich in der Zwischenzeit der Erbbauzins offenbar erhöht. Dies veranlasste die Beteiligten zu Folgendem:

„Die Erbbauberechtigten bestellen hiermit für den Differenzbetrag zwischen dem bisher im Grundbuch eingetragenen Erbbauzins und dem nunmehrigen Erbbauzins also für den Betrag von 70,52 € für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks eine Reallast, wobei der

Erhöhungsbetrag ab dem auf die Eintragung der Reallast folgenden Monatsersten dinglich gesichert ist. (...) Die Erbbauberechtigten bewilligen und beantragen die Eintragung dieser Reallast in das Grundbuch im Gleichrang mit der Erbbauzinsreallast.“

Das Grundbuchamt erließ eine Zwischenverfügung und forderte eine Zustimmung der Umlegungsstelle gemäß § 51 BauGB. Das Grundbuchamt argumentierte, aus der Wertsicherungsvereinbarung ergebe sich lediglich ein Anspruch auf Neubestellung einer entsprechenden Reallast, die neu zu bewilligen sei und bei der es sich um eine neue Verfügung handele und daher genehmigungsbedürftig sei.

Dem tritt das OLG entgegen. Nach Ansicht des Senats gewährte die konkret vereinbarte Wertsicherungsklausel nicht nur einen Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses, sondern führte ohne Weiteres unmittelbar zu einer Erhöhung.⁵ Eine neue Erbbauzinsreallast sei daher nicht erforderlich.⁶ Nach Ansicht des OLG Naumburg kann die eingetretene Erhöhung jedoch rein deklaratorisch bei der Reallast im Grundbuch vermerkt werden.⁷ Eine Verfügung stellt diese Berichtigung nicht dar. Freilich bleibt das Problem, des (zumindest sprachlich vollkommen missglückten) Antrags in der notariellen Urkunde. Denn dem Grundbuchamt ist zuzugeben, dass der Antrag zumindest den Eindruck erweckte, es solle eine neue Reallast eingetragen werden. Jedoch kommt auch hier der Senat zur Hilfe und legt den Antrag dahin gehend aus, dass nur eine Berichtigung der Erbbauzinshöhe bei der Reallast und keine Eintragung einer neuen Reallast gewünscht war.⁸ Um entsprechende Schwierigkeiten zu vermeiden, sollte in der Praxis bei entsprechenden Wertsicherungsklauseln auf eine saubere Antragstellung geachtet werden,⁹ sofern – zwingend erforderlich ist dies nicht –¹⁰ eine deklaratorische Verlautbarung der eingetretenen Erhöhung im Grundbuch gewünscht ist.

5 Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 11.01.2021, 12 Wx 72/20, RNotZ 2021, 528, 530 f.

6 OLG Naumburg, Beschluss vom 11.01.2021, 12 Wx 72/20, RNotZ 2021, 528, 539: „Eintragung einer neuen Reallast unnötig und unzulässig“.

7 OLG Naumburg, Beschluss vom 11.01.2021, 12 Wx 72/20, RNotZ 2021, 528, 530 f.; ebenso KG, Beschluss vom 13.01.2015, 1 W 210/14, 1 W 211/14, MittBayNot 2015, 309 m. zust. Anm. *Winkler*.

8 OLG Naumburg, Beschluss vom 11.01.2021, 12 Wx 72/20, RNotZ 2021, 528, 530 f.

9 Vgl. *Winkler*, MittBayNot 2015, 310, 311.

10 Vgl. *Winkler*, MittBayNot 2015, 310, 311; *Staudinger/Rapp*, Neub. 2021, § 9 ErbbauGR Rdnr. 24a f.

1 Statt aller *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 6 Rdnr. 26 m. w. N.

2 Vgl. *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 6 Rdnr. 65.

3 *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 6 Rdnr. 132a.

4 OLG Naumburg, Beschluss vom 11.01.2021, 12 Wx 72/20, RNotZ 2021, 528.

II. Genehmigungsvorbehalt gemäß § 172 BauGB – OLG München Beschluss vom 17.05.2021, 34 Wx 101/21

Dem Beschluss des OLG München vom 17.05.2021¹¹ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Eigentümer eines Grundstücks, das im Bereich einer Erhaltungssatzung gemäß § 172 BauGB liegt, bestellte ein Eigentümererbbau-recht und teilte dieses sodann in gleicher Urkunde gemäß § 30 Abs. 2 WEG in Wohnungs- und Teilerbbaurechte auf. Das Grundbuchamt verlangte eine Genehmigung gemäß § 172 BauGB. Das OLG München stimmt dem Grundbuch-amt zu.

Ausgangspunkt der Entscheidung ist der Wortlaut des § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB. Hiernach kann die „Begründung von Wohnungseigentum oder Teileigentum“ unter Genehmigungsvorbehalt gestellt werden. Ob dies auch bei der Begründung von Wohnungs- oder Teilerbbaurechten gilt, ist umstritten: Von der wohl überwiegenden Ansicht wird eine Anwendbarkeit des § 172 BauGB generell abgelehnt.¹² Argumentiert wird insbesondere mit einem Umkehrschluss zu § 22 BauGB (Genehmigung bei Gebieten mit Fremdenverkehrs-funktion), da dort anders als bei § 172 BauGB ausdrücklich die Begründung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten erfasst ist (§ 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB).¹³ Außerdem habe der Gesetzgeber bei vergangenen Änderungen des BauGB keinen Änderungsbedarf für § 172 BauGB gesehen.¹⁴ Von einer anderen Ansicht wird § 172 Abs. 1 Satz 3 BauGB stets für anwendbar erklärt, da andernfalls die Gefahr von Umgehungen zu groß sei.¹⁵ Schließlich will eine vermittelnde Ansicht die Genehmigungspflicht (nur) in Umgehungs-fällen annehmen.¹⁶

Nach Ansicht des Senats ist das Genehmigungserfordernis nach § 172 BauGB „jedenfalls in Umgehungs-fällen“ anwendbar.¹⁷ Hierbei benennt das Gericht zwei Umgehungs-konstellationen ausdrücklich: Zum einen, wenn der Eigen-tümer „einer ‚Sanierungsgesellschaft‘ ein Erbbaurecht be-stellt, das in engem zeitlichem Zusammenhang in Wohnungs- und Teilerbbaurechte aufgeteilt wird“ und zum anderen, wenn – wie im entschiedenen Sachverhalt – der

Eigentümer ein Eigentümererbbau-recht bestellt und dies anschließend aufteilt.¹⁸

Dieses Ergebnis überzeugt, wobei meines Erachtens wei-tergehend § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB stets eine Ermäch-tigungsgrundlage für den Erlass einer landesrechtlichen Verordnung darstellt, wonach die Begründung von Woh-nungs- und Teilerbbaurechten einer Genehmigung bedarf. Auszugehen ist von § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG und § 200 Abs. 2 BauGB, die für die Anwendbarkeit streiten. Nach allgemeiner Ansicht¹⁹ führt § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG zur entsprechenden Anwendung nicht nur zivilrechtlicher Vor-schriften, sondern grundsätzlich aller bundes- und landes-rechtlicher Normen, die sich auf Grundstücke beziehen.²⁰ Die infrage stehende Norm muss ihre Anwendbarkeit auf Erbbaurechte nicht ausdrücklich anordnen.²¹ Freilich gilt dies nicht unbegrenzt: Bereits nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG ist die entsprechende An-wendung nur möglich, soweit nicht aus dem ErbbauRG etwas anderes folgt. Nach Ansicht des RG darf sich „weder aus dem Inhalt, Sinn und Zweck des ErbbauRG noch aus dem Inhalt, Sinn und Zweck der entsprechend anzuwen-denden Vorschrift etwas anderes“²² ergeben. Im BauGB ordnet § 200 Abs. 2 BauGB an, dass die für das Eigentum an Grundstücken bestehenden Vorschriften des BauGB auch für grundstücksgleiche Rechte gelten, soweit das BauGB nichts anderes vorschreibt. Das Erbbaurecht ist ein grundstücksgleiches Recht in diesem Sinne.²³

Ausgehend von diesem einheitlichen Grundsatz trägt die Begründungslast derjenige, der hiervon abweichen und § 172 BauGB nicht auf die Begründung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten anwenden möchte. Hierbei lässt sich meines Erachtens aus dem ausdrücklichen Erwähnen der Wohnungs- und Teilerbbaurechte in § 22 BauGB und nun auch in § 250 BauGB kein Umkehrschluss dahin gehend ziehen, dass das Gesetz die Anwendbarkeit des § 172 BauGB auf Wohnungs- und Teilerbbaurechte konstitutiv verneint. Denn diese Regelungen können auch als rein de-klaratorisch zu verstehen sein, um etwaigen Diskussionen

11 MittBayNot 2022, 88 mit Anm. *Böttcher*.

12 OVG Berlin Brandenburg, Beschluss vom 10.04.2019, 2 S 45.18, ErbbauZ 2020, 56; *Häublein*, ErbbauZ 2021, 164, 165 ff.; *Theus*, RNotZ 2019, 574, 585; BeckOK-WEG/*Munzig*, Stand: 01.01.2022, § 30 Rdnr. 30; *Staudinger/Rapp*, § 11 ErbbauRG Rdnr. 24a.

13 Vgl. OVG Berlin Brandenburg, Beschluss vom 10.04.2019, 2 S 45.18, ErbbauZ 2020, 56; *Theus*, RNotZ 2019, 574, 585.

14 Vgl. OVG Berlin Brandenburg, Beschluss vom 10.04.2019, 2 S 45.18, ErbbauZ 2020, 56; *Theus*, RNotZ 2019, 574, 585; BeckOK-WEG/*Munzig*, § 30 Rdnr. 30.

15 *Bärmann/Schneider*, WEG, 14. Aufl. 2018, § 30 Rdnr. 29; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., Anh. zu § 3 Rdnr. 50; *Böttcher*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 9. Aufl. 2020; Rdnr. 785; *ders.*, ZNotP 2021, 49, 51; *ders.*, MittBayNot 2022, 90, 91.

16 *Jennißen/Grziwotz*, WEG, 6. Aufl. 2019, § 30 Rdnr. 11; BeckOGK-WEG/*Schulz*, Stand: 01.03.2022, § 30 Rdnr. 15.

17 MittBayNot 2022, 88, 89.

18 MittBayNot 2022, 88, 89.

19 Die nachstehenden Ausführungen zugrunde gelegt wird.

20 RG, Urteil vom 06.02.1924, V 185/23, RGZ 108, 70; *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 160; BeckOK-BGB/*Maaß*, Stand: 01.02.2022, § 11 ErbbauRG Rdnr. 1; *Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer*, ErbbauRG, 11. Aufl. 2018, § 11 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Heinemann*, 8. Aufl. 2020, § 11 ErbbauRG Rdnr. 3; *Grüneberg/Wicke*, 81. Aufl. 2021, § 11 ErbbauRG Rdnr. 1; *Staudinger/Rapp*, § 11 ErbbauRG Rdnr. 4.

21 *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 160.

22 RG, Urteil vom 06.02.1924, V 185/23, RGZ 108, 70; vgl. auch *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 160; MünchKomm-BGB/*Heinemann*, § 11 ErbbauRG Rdnr. 3; *Staudinger/Rapp*, § 11 ErbbauRG Rdnr. 4.

23 OLG Hamburg, Urteil vom 07.09.1973, 1 U 2/70 (Baul), NJW 1974, 801; *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 166; BeckOK-BauGB/*Grziwotz*, Stand: 01.01.2022, § 200 Rdnr. 7; *Battis/Krautzberger/Löhr/Battis*, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 200 Rdnr. 7; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Kalb/Külpmann*, BauGB, Stand: 01.08.2021, § 200 Rdnr. 22.

über die Anwendbarkeit von vornherein den Boden zu entziehen. Auch ergeben sich weder aus der Natur des Erbbaurechts selbst noch aus dem Telos des Genehmigungserfordernisses Gründe, warum § 172 BauGB nicht anwendbar sein sollte; wäre dies anders, wäre eine Anwendung übrigens auch in Umgehungskonstellationen nicht möglich.

Demzufolge bietet § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB eine Ermächtigungsgrundlage für eine landesrechtliche Verordnung, wonach auch die Begründung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten der Genehmigung bedarf.²⁴ Konsequenterweise ist es nicht erforderlich, dass eine dementsprechende Verordnung ausdrücklich Wohnungs- und Teilerbbaurechte nennt,²⁵ da auch die Verordnung selbst eine Vorschrift im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG ist.

Allgemein zeigt dieser Streitstand zur Anwendbarkeit des § 172 BauGB, dass gerade die Anwendbarkeit von öffentlichrechtlichen Vorschriften auf das Erbbaurecht häufig Fragen aufwirft, wengleich sich hierzu vergleichsweise wenig Rechtsprechung findet. Der Verfasser hat sich in diesem Zusammenhang in einem Aufsatz im Jahr 2019 eingehend mit der Anwendung von gesetzlichen²⁶ Vorkaufsrechten auf die entgeltliche Übertragung, Bestellung und Erweiterung von Erbbaurechten beschäftigt.²⁷ Die grundlegende und aus § 11 ErbbauRG folgende These, die inzwischen auch von *Rapp* aufgegriffen wurde,²⁸ sei hier in aller Kürze wiederholt: Sofern das Gesetz nicht ausdrücklich eine vorrangige Anordnung trifft (zum Beispiel § 24 Abs. 2, § 25 Abs. 2 BauGB), gilt: Erbbaurechte sind grundsätzlich Gegenstand eines gesetzlichen Vorkaufsrechts, das nach seinem Wortlaut lediglich Grundstücke erfasst, sofern nicht Sinn und Zweck des Vorkaufsrechts entgegenstehen. Bei dieser Beurteilung kommt es wesentlich darauf an, ob das gesetzliche Vorkaufsrecht nur wegen des Grundstücks oder (auch) wegen des darauf errichteten bzw. zu errichtenden Bauwerks besteht.

III. Vereinigung zweier Wohnungserbbaurechtseinheiten – OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.12.2020, I-3 Wx 200/19

Dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 21.12.2020 lag – leicht vereinfacht – folgender Sachverhalt zugrunde: Im Grundbuch waren zwei Wohnungserbbaurechte eingetra-

gen, die dem gleichen Erbbauberechtigten gehören. Beide Wohnungserbbaurechte waren in Abt. II des Grundbuchs in gleicher Rangfolge jeweils mit einer Erbbauzinsreallast und einem Vorkaufsrecht für den Grundstückseigentümer belastet. In Abt. III des Grundbuchs waren keine Belastungen eingetragen; auch sonst gab es keine gleich- oder nachrangigen Belastungen. Der Erbbauberechtigte vereinigte beide Wohnungserbbaurechte gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG, § 890 Abs. 1 BGB zu einem einheitlichen Wohnungserbbaurecht. Der Erbbauberechtigte und der Grundstückseigentümer einigten sich darüber, die beiden Erbbauzinsreallasten zu einem einheitlichen Recht (in Höhe der Summe der beiden bisherigen Erbbauzinsreallasten) zu „vereinigen“; gleiches wurde für die Vorkaufsrechte vereinbart. In der notariellen Urkunde findet sich die entsprechende Passage unter der Überschrift „Inhaltsänderung von Erbbauzinsreallasten und Vorkaufsrechten“. Entsprechende Grundbuchbewilligen und Anträge wurden abgegeben.

Das Grundbuchamt wies die Anträge zurück. Sowohl bei den Reallasten als auch bei den Vorkaufsrechten sei „eine Zusammenfassung nur möglich, wenn jeweils eine Nachbelastung mit Rangrücktrittserklärung bereits eingetragener Berechtigter erfolge; ohne diese sei eine Zusammenfassung mehrerer Belastung nur möglich, wenn sie auf einem identischen Belastungsgegenstand im Rang gleich oder unmittelbar nacheinander eingetragen seien, woran es bei einer Vereinigung nach § 890 Abs. 1 BGB fehle.“ Dem tritt das OLG Düsseldorf entgegen. Nach seiner Ansicht bedarf es keiner Neubestellungen oder Nachbelastungen; es genüge vielmehr die erklärte Inhaltsänderung nach § 877 BGB.²⁹ Es gehe „nicht um eine Erweiterung des Rechtsumfangs, sondern allein um eine Aufgabe der Selbstständigkeit von Einzelrechten, dies nicht anders als bei der Zusammenfassung mehrerer, im Rang gleichstehender oder unmittelbar aufeinanderfolgender Belastungen desselben Gläubigers auf demselben Grundstück zu einem einheitlichen Recht“.³⁰

Die Entscheidung lässt den dogmatisch interessierten Juristen jedenfalls aufgrund der fehlenden Begründungstiefe³¹ unbefriedigt zurück.³² In bisher veröffentlichten Bespre-

24 Da es sich um eine gesetzlich angeordnete entsprechende Anwendung und um keine Analogie handelt, stellt sich nicht die Frage, ob eine analoge Anwendung eine verfassungsrechtlich ausreichende Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Verordnung darstellen würde, vgl. hierzu *Häublein*, ErbbauZ 2021, 164, 166.

25 Zutreffend weist *Häublein*, ErbbauZ 2021, 164, 165 darauf hin, dass die Entscheidung des OLG München die Differenzierung zwischen § 172 BauGB und der Verordnung nicht erkennen lässt.

26 Und rechtsgeschäftlichen (*Wolffskeel v. Reichenberg*, NJW 2019, 3549, 3553 ff.), aber dies betrifft die hiesige Fragestellung nicht.

27 *Wolffskeel v. Reichenberg*, NJW 2019, 3549.

28 *Staudinger/Rapp*, § 11 ErbbauRG Rdnr. 26a ff.

29 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.12.2020, I-3 Wx 200/19, RNotZ 2021, 147, 149.

30 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.12.2020, I-3 Wx 200/19, RNotZ 2021, 147, 150.

31 Etwa führt das OLG Düsseldorf zur Begründung en passant und ohne nähere Auseinandersetzung unter Verweis auf RGZ 68, 79 ff. auch den Fall an, dass der Eigentümer eines Miteigentumsanteils Alleineigentümer des Grundstücks wird und die bisher auf dem Miteigentumsanteil lastende Grundschuld erstreckt werden soll; dies ist aber zum einen ein anderer Fall, zum anderen ist die Deutung dieser Entscheidung umstritten (hierzu eingehend *Wolffskeel v. Reichenberg*, NJW 2018, 342). Zu diesem fehlgehenden Verweis auch *Schneider*, ZMR 2021, 297, 283.

32 Vgl. auch *Schneider*, ZMR 2021, 297, 282, der die „Unschärfe“ kritisiert.

chungen wird die Entscheidung durchgehend kritisiert.³³ Zutreffend führen *Schneider* und *Böttcher* aus, dass entgegen der Ansicht des Senats die (gesetzlich nicht geregelten, aber dennoch anerkannten) Voraussetzungen für die Bildung eines sog. Einheitsrechts nicht vorliegen, da hierfür erforderlich ist, dass die beteiligten Rechte im Rang unmittelbar aufeinander folgen oder untereinander gleichrangig sind.³⁴ Dies scheidet hier schon deshalb aus, weil die Rechte an unterschiedlichen Belastungsgegenständen lasten.³⁵ Um das gewünschte Ziel zu erreichen, wären im konkreten Sachverhalt daher Nachverpfändungen und Rangregulierungen erforderlich gewesen.³⁶ Weiter vereinfachend empfiehlt *Drasdo* gleich die Löschung und Neueintragung der Rechte.³⁷

IV. Geschäftswert einer Vorkaufsrechtsbestellung am Erbbaurecht – OLG München, Beschluss vom 02.12.2020, 34 Wx 447/20

In der Entscheidung des OLG München vom 02.12.2020³⁸ ging es um die Geschäftswertbestimmung der Bestellung eines Vorkaufsrechts an einem Erbbaurecht.

Die gesetzlichen Grundlagen seien kurz vorangestellt: Der Wert eines Erbbaurechtes beträgt gemäß § 49 Abs. 2 GNotKG 80 % der Summe aus den Werten des belasteten Grundstücks und darauf errichteter Bauwerke. Sofern bei der Bestellung eines Erbbaurechts als Entgelt ein Erbbauzins vereinbart wird, ist der Geschäftswert der Erbbaurechtsbestellung der nach § 52 GNotKG errechnete Wert des Erbbauzinses, soweit sich nicht aus § 49 Abs. 2 GNotKG ein höherer Wert ergibt. Für ein Vorkaufsrecht normiert § 51 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 GNotKG als Geschäftswert die Hälfte des Wertes des Gegenstands, auf das sich das Vorkaufsrecht bezieht. Abweichungen können sich nach § 51 Abs. 3 GNotKG ergeben, wenn dieser Wert nach den besonderen Umständen des Einzelfalls unbillig ist.

Im Fall des OLG München war das Erbbaugrundstück zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht nicht bebaut. Zu entscheiden war, ob die voraussichtlichen Baukosten für das geplante Gebäude bei der Geschäftswertbemessung zu berücksichtigen sind.

Nach Ansicht des OLG München erhöht der nach den prognostizierten Baukosten anzunehmende Wert der künftigen Bauwerke in der Regel nicht den Wert eines Vorkaufsrechts am Erbbaurecht. Zusammengefasst argumentiert der Senat wie folgt: Gemäß § 51 Abs. 1 GNotKG sei der Wert des Erbbaurechts maßgebend. Dieser sei nach § 49 Abs. 2 GNotKG zu bestimmen. Dort sei ausdrücklich geregelt, dass lediglich bereits errichtete Bauwerke zu berücksichtigen sind. Es sei nicht verständlich, warum sich der Wert des Erbbaurechts im Sinne des § 51 Abs. 1 Satz 1 GNotKG anders als der Wert des Erbbaurechts im Sinne des § 49 Abs. 2 GNotKG berechnen sollte.³⁹ Etwas anders könne sich allenfalls aus § 51 Abs. 3 GNotKG ergeben, jedoch lägen solche dort geforderten Einzelfallumstände (anders als im Jahr 2018 auch vom OLG München entschiedenen Fall)⁴⁰ im konkreten Fall nicht vor; weder enthalte der Erbbaurechtsvertrag eine Bauverpflichtung noch übersteige der Wert der geplanten Bebauung den Grundstückswert.⁴¹

Mit dieser Entscheidung stellt sich das OLG München gegen die herrschende Lehre, die davon ausgeht, dass bei der Bestimmung des Geschäftswerts eines Vorkaufsrechts am Erbbaurecht auch prognostizierte Baukosten zu berücksichtigen sind.⁴² Insoweit bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten. Jedenfalls, wenn der Erbbaurechtsvertrag – wie häufig – eine Bauverpflichtung enthält, erscheint es auch bei grundsätzlicher Zugrundelegung der Entscheidung des OLG München gut vertretbar, im Ergebnis die prognostizierten Baukosten werterhöhend zu berücksichtigen.

33 *Schneider*, ZMR 2021, 297; *Böttcher*, ZNotP 2021, 361, 366 ff.; *Drasdo*, NJW-Spezial 2021, 291.

34 *Schneider*, ZMR 2021, 297, 282; *Böttcher*, ZNotP 2021, 361, 366 f.

35 *Schneider*, ZMR 2021, 297, 282; *Böttcher*, ZNotP 2021, 361, 366 f.

36 *Schneider*, ZMR 2021, 297, 284 f.; *Böttcher*, ZNotP 2021, 361, 367 f.

37 *Drasdo*, NJW-Spezial 2021, 291.

38 OLG München, Beschluss vom 02.12.2020, 34 Wx 447/20, ErbbauZ 2021, 16.

39 OLG München, Beschluss vom 02.12.2020, 34 Wx 447/20, ErbbauZ 2021, 16, 18.

40 OLG München, Beschluss vom 31.10.2018, 34 Wx 448/17 Kost, MittBayNot 2019, 392.

41 OLG München, Beschluss vom 02.12.2020, 34 Wx 447/20, ErbbauZ 2021, 16, 19.

42 *Korintenberg/Sikora*, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 43 Rdnr. 20; *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, § 49 Rdnr. 21; *Sikora/Strauß*, DNotZ 2019, 596, 600; *Strauß*, MittBayNot 2019, 396, 397; a. A. *Bormann/Diehn/Sommerfeld/Diehn*, GNotKG, 4. Aufl. 2021, § 49 Rdnr. 7 (nur Zuschlag gemäß § 51 Abs. 3 GNotKG im Einzelfall möglich).



BUCHBESPRECHUNGEN

Bernhard Knittel:

Beurkundungen im Kindschaftsrecht – eine Darstellung für die Praxis der Jugendämter, Notare, Konsularbeamten, Gerichte und Standesämter

9. Aufl., Reguvis Fachmedien GmbH, 2021. 572 S., 49 €

Von Dr. **Torsten Jäger**, Notar in Landau/Pfalz

Beurkundungen im Kindschaftsrecht gehören sicherlich nicht zum Schwerpunkt der notariellen Urkundstätigkeit. Ein Großteil dieser Beurkundungen wird von Urkundspersonen der Jugendämter durchgeführt. Umso wichtiger ist es, im entscheidenden Fall ein umfassendes und fundiertes Werk mit Formulierungsbeispielen zur Hand zu haben, um dieses Rechtsgebiet in allen Facetten durchdringen zu können. Nicht irritieren lassen darf man sich als Notar daher von den zwei Titeln des Werkes, welches im ersten Teil Beurkundungen im Jugendamt und erst im zweiten sehr kurzen Teil Beurkundungen anderer Stellen, darunter auch Notare, Konsularbeamte und Gerichte, anspricht. Der erste Teil ist daher, bis auf wenige Ausnahmen, die die organisatorischen Fragen innerhalb des Jugendamtes betreffen, uneingeschränkt auch für Notare relevant. Vervollständigt wird das Werk durch Gesetzestextauszüge und Protokollierungshilfen für Sonderfälle. Über eine Online-Seite lassen sich u. a. Themen und Rechtsgutachten des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e. V. sowie Formulare herunterladen. Letztere sind leider im PDF-Format und müssten zur Weiterbearbeitung ggf. erst noch konvertiert werden.

Im ersten Teil werden zunächst Grundlagen, aber auch Sonderfälle der Urkundstätigkeit, wie zum Beispiel schreibunfähige und fremdsprachige Beteiligte sowie Belehrungspflichten, behandelt, die Notaren nicht wirklich etwas Neues bringen dürften. Sodann wird allerdings zu den maßgeblichen Urkundeninhalten, welche sich im Zuständigkeitsbereich der Jugendämter befinden, auch inhaltlich Stellung genommen, wie insbesondere Vaterschaftsanerkennung, Unterhaltsverpflichtung, Sorgerechtsklärungen, aber auch etwas exotischere Bereiche, wie die Anerkennung der Mutterschaft nach ausländischer Rechtsordnung. Hier zeigt sich die besondere Bedeutung des Werkes, gibt es doch keine vergleichbare Zusammenstellung sämtlicher Problempunkte rund um diese Themenbereiche.

Das Werk befindet sich grundsätzlich auf dem Stand des Sommers 2021. Der Autor hat sich aber bemüht, verab-

schiedete, aber noch nicht in Kraft getretene Gesetzesänderungen, wie die Reform des Betreuungsrechts, bereits mit aufzunehmen. Die umfassenden Änderungen im notariellen Berufsrecht wie die zum Jahresende 2021 neugefasste DONot, die NotAktVV und die Anpassungen im BeurkG (vgl. zum Beispiel §§ 44a, 44b) sowie deren Auswirkungen auf die Praxis der Jugendämter konnten leider nicht mehr eingearbeitet werden.

Im Text finden sich jeweils wertvolle Praxistipps und konkrete Formulierungsbeispiele, jeweils im einschlägigen Kontext. Das Werk wurde zudem an vielen Stellen im Vergleich zur Voraufgabe umfassend auch in sehr praxisrelevanten Bereichen erweitert. Hervorzuheben sind exemplarisch die ausgebaute Kommentierung zum missglückten § 1597a BGB sowie die klarere Darstellung zu sog. Ersetzungsbeurkundung von Unterhaltstiteln. Auch aktuelle Themen, wie die Unzulässigkeit von per Videokonferenz zugeschalteten Dolmetschern werden behandelt. Zwar zeigt sich der Autor diesen gegenüber wohl grundsätzlich aufgeschlossen, rät hiervon aber aufgrund eindeutig ablehnenden Auffassungen aus Notarkreisen und der drohenden Unwirksamkeit der Urkunde konsequenterweise ab. Dies ist vorbehaltlos im Sinne einer einheitlichen Anwendung des BeurkG durch die verschiedenen Urkundspersonen zu begrüßen.

Die in der Praxis zunehmend relevanten internationalen Bezüge des Urkundswesens wurden ebenfalls eingehend aktualisiert mit Hinweisen zur Erteilung von Bescheinigungen nach internationalen Anerkennungs- und Vollstreckungsinstrumenten sowie Bezifferungen nach § 245 FamFG.

„Der Knittel“, wie das Werk von seinen täglichen Nutzern liebevoll genannt wird, hat sich inzwischen fest etabliert und ist für den Bereich des Kindschaftsrechts unabdingbar. Es sollte daher auf dem Schreibtisch einer jeden Urkundsperson im Jugendamt stehen und ist auch für Notare uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Christian Bochmann/Johannes Scheller/Jens Prütting (Hrsg.):

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 9: Recht der Familienunternehmen

6. Aufl., C. H. Beck, 2021. 2231 S., 269 €

Von Notar Dr. **Jörg Munzig**, Neu-Ulm

Der im Dezember 2021 erschienene Band 9 der renommierten „blauen Reihe“ des Münchener Handbuchs des Gesellschaftsrechts befasst sich ergänzend zu den Bänden 1 bis 5 rechtsformübergreifend und ergänzend zu den Bänden 6 bis 8 themenübergreifend und umfassend mit dem Recht der Familienunternehmen. Anknüpfungsgegenstand für den Band ist also nicht eine bestimmte Gesellschaftsform und auch nicht ein bestimmtes rechtliches Themengebiet, sondern ein eigentlich außerrechtliches, für Staat, Gesellschaft und Wirtschaft höchst bedeutsames Themenfeld, dem *Lieder* und *Hoffmann* eingangs (§ 1) mit eindrucksvollen Statistiken und Rechtstatsachen gebührend Rechnung tragen.

Das Werk befindet sich auf dem Stand von Anfang 2021. Es geht bereits auf das zum 01.01.2024 in Kraft tretende MoPEG, das neue Sanierungs- und Insolvenzrecht sowie die grundlegende Reform des Stiftungsrechts ein. Das Optionsmodell zur Körperschaftbesteuerung von Personengesellschaften¹ konnte dagegen wohl nicht mehr berücksichtigt werden; für die langfristiger orientierte Beratung von Familienunternehmen empfiehlt es sich, erst einmal abzuwarten, ob und wie sich dieses gesetzgeberische Angebot bewährt.²

Der Band folgt in insgesamt zehn Kapiteln dem Lebenszyklus von Familienunternehmen. Der Hauptteil nimmt seinen Ausgang deshalb im Entstehungsprozess des Familienunternehmens durch Rechtsformwahl und Gründung. Die folgenden beiden Kapitel behandeln sämtliche Rechtsfragen zur Organisation der Familiengesellschaft selbst und ihrer Gesellschafter. Dabei treten neben vertrauten Fragestellungen, etwa zum Verhältnis von Geschäftsführung und Kontrollgremien, auch ungewöhnlichere Aspekte, beispielhaft zur Compliance im Familienunternehmen (§ 14) oder zu Strategien, die der Vermeidung von Publizitätspflichten dienen (§ 15). Mit dem Heranwachsen des Familienunternehmens rücken Finanzierungsfragen in den Vordergrund, dazu Kapitel 5, mit Abschnitten auch zu Mezzanine-Kapital (§ 24), Anleihen und Schuldscheindarlehen (§ 26) und dem Börsengang (§ 27) des Familienunternehmens. Der Fortbestand des Familienunternehmens wird durch eine sorgfältige Nachfolgeplanung (Kapitel 6) gesichert. Dazu widmet der Band ertrag- und schenkungsteuerlichen Rahmenbe-

dingungen eigene Abschnitte (§§ 28 und 29), wägt lebzeitige und letztwillige Unternehmensnachfolgen ab und thematisiert Pflichtteilsvermeidungsstrategien (§§ 28 bis 31 und 36). Über diese Standardthemen hinaus bietet das Kapitel wegweisende Ausführungen zur Familienstiftung und zum Trust (§ 32), zur Unternehmensnachfolge auf Probe und dem Interim Management (§§ 34 und 35). Der Blick weitet sich mit den Ausführungen zum Familienkonzern (Kapitel 7) und dem Internationalen Familienunternehmen (Kapitel 8), das auch Besonderheiten des Auslandsgesellschafters samt seiner Ehe und seinem Erbfall (§§ 41 bis 43 und 44) in den Blick nimmt. Abgerundet wird das Werk durch Beiträge zur Konfliktprävention und -lösung (Kapitel 9) von der Corporate Litigation (§ 46) bis zur Mediation und Familiencharta (§§ 49, 50). Mit dem „Exit“ aus dem Familienunternehmen, in dem Verkaufs-, Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzscenarien rechtlich aufgearbeitet werden (Kapitel 10), schließt das Werk.

Das Recht der Familienunternehmen ist kein in sich geschlossenes Rechtsgebiet: Es spricht ganz unterschiedliche Regelungsbereiche an, „(...) die partiell parallel laufen, sich schneiden, einander widersprechen und sogar allseitig keine Lösungsstrategien für aufkommende Problemlagen bereithalten“ (§ 1 Rdnr. 6). Das Handbuch unterstützt dabei den Leser in allen Beratungssituationen, die ihm im Umgang mit Familienunternehmen begegnen können, den Überblick zu bewahren und auf geläufige wie ungewöhnlichere Fragestellungen die richtigen Antworten zu finden. Komplexe Aufgabenstellungen, wie etwa die Unternehmensnachfolge, werden unter zivil- und gesellschaftsrechtlichen Blickwinkeln aufbereitet, detailreich in allen Belangen familien- und erbrechtlich gewürdigt und sachkundig erbschaft- und ertragsteuerlich beleuchtet. Das Handbuch ist auf höchstem Niveau „von Juristen für Juristen“ geschrieben. Es öffnet darüber hinaus die Augen auch für „unjuristische Themen“ wie beispielhaft Compliance-Herausforderungen (§ 14), Einbindung von Private Equity (§ 25) oder die Mediation in Familienunternehmen (§ 49), immer fokussiert auf das Recht der Familienunternehmen und immer weit über eine bloße Einführung in die Themen hinaus.

Band 9 der Münchener Handbücher zum Gesellschaftsrecht ist mit seinem ganz eigenen Ansatz, dem Fokus auf Familienunternehmen unter allen möglichen rechtlichen und vielen außerrechtlichen Blickwinkeln, ein „must“ für jeden, der in diesem Bereich einen ganzheitlichen Beratungsansatz verfolgt. Es kann und soll die in reicher Zahl vorhandene Literatur zum Gesellschaftsrecht nicht ersetzen, ergänzt sie aber auf beeindruckende Weise.

1 „KöMoG“, vgl. BGBl. 2021, S. 2050.

2 Kritisch etwa *Wälzholz*, ZEV 2022, 10, und *Storz/Wighardt*, DStR 2022, 132 ff. zu den damit verbundenen Gestaltungsproblemen in der Unternehmensnachfolge.

Ludwig Kroiß/Claus-Henrik Horn (Hrsg.):

BGB, Band 5: Erbrecht

6. Aufl., Nomos, 2022. 2395 S., 198 €

Von Notar Christoph Aumann, LL.M. (London), Maître-en-droit (Paris), Viechtach

Der nach den einzelnen Büchern des BGB gegliederte, insgesamt sechsbändige NomosKommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (davon ein Band zu den Europäischen internationalen Privatrechtsverordnungen, darunter auch die EuErbVO) hat seinen festen Platz zwischen den Kompaktcommentaren einerseits und den Großcommentaren andererseits eingenommen. Die unter Mitherausgeberschaft des Deutschen Anwaltvereins erscheinende Reihe legt dabei – und das ist unter den Werken dieses Umfangs ein echtes Alleinstellungsmerkmal – besonderes Augenmerk auf die praktischen Rechtsanwender unter ihrer Leserschaft.

Aus der gesamten Kommentarreihe sticht die von *Kroiß* und *Horn* herausgegebene Bearbeitung des Erbrechts nochmals heraus. Obgleich das Erbrecht zuweilen als das unter den im BGB abgebildeten Rechtsgebieten statischste und am wenigsten dem Wandel unterliegende bezeichnet wird, erscheint der neu bearbeitete Band dazu nunmehr als einziger bereits in sechster Auflage. Damit zeichnen die mehrheitlich aus der anwaltlichen und notariellen Praxis stammenden Autoren nicht nur die durchaus bestehende Rechtsfortentwicklung nach. Es zeigt auch, dass der NomosKommentar im Erbrecht eben als besonders etabliert gelten darf.

Das mag unter anderem an der Struktur des Buches liegen. Es bietet einerseits eine in gängiger Weise nach Vorschriften aufgebaute Kommentierung des gesamten Erbrechts des BGB und andererseits zahlreiche Anhänge zu steuerlichen Überlegungen der erbrechtlichen Gestaltung und internationalen Bezügen. Das vereint die Vorzüge einer strukturierten Kommentierung mit denen eines Praktikerhandbuchs. Regelmäßig in der erbrechtlichen Beratungspraxis auftretende Fragestellungen – man denke nur an die steuerlichen Implikationen der Ferienimmobilie des Erblassers an der Mittelmeerküste – werden dabei aufgegriffen. Als ein Beispiel sei deshalb hier der Anhang zum deutschen internationalen Erbschaftsteuerrecht von *Reich* angeführt. Schon dessen Umfang erlaubt eine Darstellung, die dem Leser ermöglicht, sich in die Thematik grundlegend einzuarbeiten und eben nicht nur isolierte Einzelprobleme nachzuschlagen. Gleiches gilt für die insgesamt fast 400 Seiten

starken Länderberichte zum internationalen Erbrecht, dem materiellen Erbrecht und dem Recht des Nachlassverfahrens von 19 Ländern bzw. Ländergruppen, die regelmäßig in Bezug zu Deutschland stehen. Dieser umfassende Überblick ist angenehm, erspart er doch das Zusammentragen von Informationen aus verschiedenen Handbüchern oder Gutachten, und – wie *Odersky* zeigt – im Beispiel etwa Großbritannien sogar essenziell, wenn wegen des Prinzips der gesonderten Nachlassabwicklung auch bei Anwendbarkeit deutschen Erbrechts eine Inbesitznahme beweglicher Nachlassgegenstände in Großbritannien nicht ohne weitere Schritte möglich ist.

Die Einbeziehung steuerlicher und internationaler Bezüge soll indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Werk auch in seinem Kernanliegen, nämlich einer durchgängig vollständigen und aktuellen Kommentierung des materiellen Erbrechts, überzeugt. Das gilt auch für die Kommentierung der Anforderungen an das notarielle Nachlassverzeichnis des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB durch *Bock*, die die mittlerweile nicht einfach zusammenzufassende obergerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung in ihrer Breite aufführt und auf eine Linie zu bringen sucht, obgleich sich der Praxisanwender möglicherweise eine pragmatische, praxistaugliche Einordnung durch den Autor und eine Stellungnahme zu oftmals strittigen Einzelfragen wie etwa Anwesenheitsrechten des Pflichtteilsberechtigten und seiner Anwälte oder der Reichweite der Pflicht zur Einsichtnahme und Auswertung von Kontounterlagen des Erblassers wünschen würde. Umso erfreulicher ist, dass wesentliche Teile des besonders notarrelevanten Erbrechts aus notarieller Feder kommentiert sind und etwa *Selbherr* bei § 2077 BGB den Blick auch auf eben nur vermeintlich kleinliches wie die Problematik von Scheidungs- und Verwirkungsklauseln im Testament im Rahmen des Erbfolgenachweises gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO lenkt.

Im Ergebnis bleibt also festzuhalten, dass es den Herausgebern und Autoren gelungen ist, eine gewaltige Fülle an Erbrechtswissen in einem einzigen Buch zu bündeln, was bei der Recherche die Wege zwischen verschiedenen Werken angenehm verkürzen kann.





Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Fortbestand des Mietvertrags bei fehlender Identität zwischen Vermieter und Veräußerer

BGH, Urteil vom 27.10.2021, XII ZR 84/20 (Vorinstanz: LG Itzehoe, Beschluss vom 18.08.2020, 1 S 55/19)

BGB § 566 Abs. 1, § 578 Abs. 2 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Bei fehlender Identität zwischen Vermieter und Veräußerer ist § 566 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung und im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat.
2. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, wenn der Grundstückseigentümer erst im Zeitpunkt der Veräußerung des vermieteten Grundstücks ein wirtschaftliches Interesse am Eintritt des Erwerbers in den bestehenden Mietvertrag hat (Abgrenzung zu Senatsurteil, BGHZ 215, 236 = NZM 2017, 847).

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin nimmt den beklagten Verein auf Herausgabe einer Grundstücksfläche in Anspruch. Zudem begehrt sie die Feststellung, dass zwischen den Parteien in Bezug auf die streitgegenständliche Fläche kein Nutzungsverhältnis besteht.

2 Der Beklagte schloss am 18.01.2008 mit der S Grundstücksgesellschaft mbH (im Folgenden: S-GmbH) einen als „Pachtvertrag“ bezeichneten Vertrag über eine Teilfläche eines Grundstücks. § 1 Nr. 1 des Vertrags lautet:

„Die Verpächterin verpachtet an die Pächterin Grundstücksflächen in I (...), in der Größe von ca. 4.000 m² mit sämtlichen aufstehenden Gebäuden und Einrichtungen. Über die Lage des Pachtobjekts in der Örtlichkeit sind sich die Parteien einig; die Pachtfläche ist in der beiliegenden Skizze, die Bestandteil dieses Pachtvertrags ist, rot schraffiert gekennzeichnet.“

3 Dem Vertrag ist eine Skizze beigelegt, die jedoch keine rot schraffierte Fläche, sondern lediglich mehrere umrandete Flächen ausweist. Nach § 3 des Vertrags begann das Pachtverhältnis am 01.01.2006 und endete am 31.12.2016 oder mit Auflösung des Vereins, wobei es sich jedoch mit Ablauf der jeweiligen Pachtperiode um weitere zehn Jahre verlängert, wenn der Vertrag nicht von der Pächterin unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten zum Ende eines Kalenderhalbjahres schriftlich gekündigt wird.

4 Eigentümerin des Grundstücks, zu dem auch die streitgegenständliche Fläche gehört, war ursprünglich die H Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH (im Folgenden: H-GmbH). Mit notariellem Kaufvertrag vom 12.07.1995 erwarb die Projekt-Gesellschaft zur Entwicklung, Koordination und Errichtung von Bauvorhaben mbH (im Folgenden: Projekt-Gesellschaft) das Grundstück. Gemäß Nr. 2 dieses Vertrags steht der H-GmbH gegen die Projekt-Gesellschaft ein Rückübertragungsanspruch bezüglich einer Teilfläche zu, die zumindest teilweise mit der streitgegenständlichen Fläche übereinstimmt. Im Rahmen eines Grundstückstauschvertrags vom

30.12.2002 trat die H-GmbH den genannten Rückübertragungsanspruch an die S-GmbH ab.

5 Mit notariellem Vertrag vom 29.11.2005 verzichtete die S-GmbH gegenüber der H-GmbH auf einen weiteren Rückübertragungsanspruch hinsichtlich einer Teilfläche, welcher ihr mit notariellem Vertrag vom 11.07.1994 durch die H-GmbH eingeräumt worden sein soll.

6 Mit notariellem Kaufvertrag vom 20.06.2008 erwarb die Klägerin von der Projekt-Gesellschaft die streitgegenständliche Grundstücksfläche. Vor Abschluss des Kaufvertrags wies die S-GmbH die Projekt-Gesellschaft als seinerzeitige Eigentümerin der streitgegenständlichen Grundstücksfläche darauf hin, dass sie von der geplanten Veräußerung an die Klägerin erfahren habe und dass sie beabsichtige, von dem ihr bzw. der H-GmbH zustehenden Rückübertragungsanspruch an Teilflächen des Verkaufsobjekts zur Förderung des Beklagten Gebrauch zu machen.

7 In § 4 Abs. 4 des Kaufvertrags ist geregelt, dass der Kaufgegenstand an den Beklagten verpachtet sei, die Käuferin das Pachtverhältnis übernehme und es mit Wirkung ab dem Übergabetag mit allen Rechten und Pflichten des Verpächters fortsetze. Weiter sieht § 5 Nr. 1 Abs. 8 des Kaufvertrags vor, dass die Projekt-Gesellschaft eine Verzichtserklärung der H-GmbH in Bezug auf den Rückübertragungsanspruch aus dem notariellen Vertrag vom 12.07.1995 beizubringen habe.

8 Mit Schreiben vom 28.10.2008 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass sie mit Erwerb der Fläche nunmehr in den Pachtvertrag eingetreten sei, weshalb künftige Pachtzahlungen direkt an sie geleistet werden sollten. Seit dem Jahr 2009 erhält die Klägerin von dem Beklagten die ursprünglich zwischen ihm und der S-GmbH vereinbarten Zahlungen.

9 Mit Schreiben vom 02.01.2017, dem Beklagten zugestellt am 03.01.2017, kündigte die Klägerin den Pachtvertrag zum 30.06.2017, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin.

10 Das AG hat der auf Herausgabe der streitgegenständlichen Grundstücksfläche gerichteten Klage und dem Feststellungsantrag stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das LG unter teilweiser Abänderung des amtsgerichtlichen Urteils die Klage abgewiesen. Mit der vom LG zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung.

AUS DEN GRÜNDEN:

11 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung.

12 I. Das LG hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

13 Der Klägerin stehe kein Anspruch auf Räumung der Liegenschaft aus § 546 Abs. 1 i. V. m. § 578 BGB zu. Denn das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis über die Grundstücksfläche sei durch die Kündigung vom 02.01.2017 nicht beendet worden.

14 Die Klägerin sei infolge des Erwerbs des Grundstücks in analoger Anwendung von § 566 Abs. 1 BGB in den von der S-GmbH mit dem Beklagten begründeten Vertrag eingetreten, der eine wirksame Befristung im Sinne von §§ 578, 550 BGB enthalte, weshalb die ordentliche Kündigung vom 02.01.2017 unwirksam gewesen sei.

15 Der „Pachtvertrag“ vom 18.01.2008 sei allerdings rechtlich als Mietvertrag über eine Grundstücksfläche zu qualifizieren. Denn der Vertrag enthalte keinerlei Regelungen, die

auf eine Bewirtschaftung der Fläche oder das Ziehen von Früchten gerichtet seien. Dieser Mietvertrag sei in § 3 wirksam auf eine Mietdauer von mindestens zehn Jahren mit einer eingetretenen Verlängerung von weiteren zehn Jahren befristet worden, wodurch zugleich das Recht der Vermieterin zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen sei.

16 Die für die Wirksamkeit der Befristung erforderliche Schriftform sei gewahrt. Zwar sei die Grundstücksfläche in der Anlage des Vertrags nicht rot schraffiert hervorgehoben, sondern nur schwarz umrandet. Dadurch sei die Mietfläche aber auch für Außenstehende erkennbar. Darüber hinaus habe der Beklagte die Mietfläche bereits vor Abschluss des schriftlichen Mietvertrags seit dem Jahr 2006 genutzt, sodass auch aufgrund der tatsächlichen Nutzung bei Abschluss des Mietvertrags anhand der Skizze kein Zweifel habe bestehen können, welche Fläche gemeint gewesen sei.

17 In diesen wirksam befristeten Mietvertrag sei die Klägerin in analoger Anwendung von § 566 Abs. 1 i. V. m. § 578 BGB eingetreten.

18 Der BGH habe entschieden, dass bei fehlender Identität zwischen Vermieter und Veräußerer § 566 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar sei, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung und im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers erfolge und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses habe.

19 Vorliegend sei der Mietvertrag nicht zwischen Eigentümer und Mieter, sondern durch einen Dritten abgeschlossen worden, dem das Objekt zur freien Nutzung mit Zustimmung des Eigentümers überlassen worden sei. Jedenfalls läge in der Aufnahme des Mietvertrags in den notariellen Kaufvertrag vom 20.06.2008 eine stillschweigende Gestattung dieses Vorgehens der S-GmbH durch die Eigentümerin.

20 Zwar könne nicht festgestellt werden, dass die Vermietung der Teilflächen durch die S-GmbH zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages allein im wirtschaftlichen Interesse der Projekt-Gesellschaft als Eigentümerin gelegen habe. Eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB sei aber dennoch gerechtfertigt. Denn zum Zeitpunkt der Veräußerung der vermieteten Immobilie hätten sowohl der Fortbestand des Mietverhältnisses als auch der Eintritt des Käufers in den bestehenden Mietvertrag im wirtschaftlichen Interesse des veräußernden Eigentümers sowie im zumindest ideellen Interesse des Vermieters gelegen und hätten auch dem Bestandsinteresse des Mieters entsprochen.

21 Da die streitgegenständliche Grundstücksfläche Bestandteil des Kaufvertrags geworden sei, habe es ersichtlich im Interesse der Projekt-Gesellschaft gelegen, dass der Mietvertrag mit dem Beklagten über die Veräußerung hinaus Bestand habe, da ersichtlich nur auf diese Weise die H-GmbH zu einem Verzicht auf den ihr zustehenden Rückübertragungsanspruch aus dem Vertrag vom 12.07.1995 zu bewegen gewesen sei. Dieser Rückübertragungsanspruch sei auch nicht durch den im Vertrag vom 29.11.2005 erklärten Verzicht der S-GmbH erloschen.

22 Die Projekt-Gesellschaft als Eigentümerin habe sich damit den durch den berechtigten Dritten im eigenen Namen abgeschlossenen Mietvertrag im Rahmen des Verkaufs ausdrücklich wirtschaftlich zu eigen gemacht. In dieser Konstellation sei eine analoge Anwendung von § 566 Abs. 1 BGB geboten, um dem Schutz des Mieters, der mit dieser Norm bezweckt werde, Genüge zu tun.

23 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

24 1. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass der streitgegenständliche Vertrag trotz seiner Bezeichnung als Pachtvertrag mangels Überlassung der Grundstücksfläche zur Fruchtziehung rechtlich als Mietvertrag zu qualifizieren ist. Im Ausgangspunkt ebenfalls zutreffend ist es davon ausgegangen, dass § 566 Abs. 1 BGB vorliegend keine unmittelbare Anwendung finden kann, weil es an der hierfür notwendigen Personenidentität zwischen Veräußerer und Vermieter fehlt.

25 a) Gemäß § 566 Abs. 1, § 578 Abs. 2 Satz 1 BGB tritt der Erwerber eines gewerblich vermieteten Hausgrundstücks anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Mit dem Eigentumsübergang entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat. Nach seinem Wortlaut findet § 566 Abs. 1 BGB allerdings nur dann Anwendung, wenn das vermietete Grundstück durch den Vermieter veräußert wird. Wie das Berufungsgericht richtig sieht, ist § 566 Abs. 1 BGB deshalb grundsätzlich nur bei Identität zwischen Vermieter und Veräußerer unmittelbar anwendbar (Senatsurteil, BGHZ 215, 236 = NZM 2017, 847 Rdnr. 15 m. w. N.).

26 b) Danach sind die Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Nach den getroffenen Feststellungen war Vermieterin der streitgegenständlichen Grundstücksfläche die S-GmbH; die Teilfläche wurde jedoch von der Projekt-Gesellschaft und damit von einer eigenständigen juristischen Person an die Klägerin veräußert.

27 2. Unzutreffend ist dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, im vorliegenden Fall sei § 566 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar, weil jedenfalls zum Zeitpunkt der Veräußerung der vermieteten Grundstücksfläche sowohl der Fortbestand der Vermietung als auch der Eintritt der Klägerin in den bestehenden Mietvertrag im wirtschaftlichen Interesse des veräußernden Eigentümers sowie zumindest im ideellen Interesse des Vermieters gestanden und dem Bestandsinteresse des Mieters entsprochen hätten.

28 a) Der in § 566 Abs. 1 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis dient dem Schutz des Mieters, dem eine Wohnung, ein Grundstück (§ 578 Abs. 1 BGB) oder gewerblich genutzte Räume (§ 578 Abs. 2 Satz 1 BGB) aufgrund eines wirksamen Mietvertrags überlassen worden sind. Die ihm dadurch von seinem Vertragspartner eingeräumte Rechtsstellung – der berechtigte Be-



sitz – soll ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks erhalten bleiben. Hierfür enthält § 566 Abs. 1 BGB eine – ausdrücklich auf die Veräußerung des vermieteten Grundstücks oder Grundstücksteils beschränkte – Durchbrechung des schuldrechtlichen Grundsatzes, wonach Rechte und Pflichten nur zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen. Sie legt dem Mietverhältnis für den Fall der Veräußerung des Mietgrundstücks eine gleichsam dingliche Wirkung bei, indem sie mit dem Übergang des Eigentums am vermieteten Grundstück auf den Erwerber auch die Vermieterrechte und -pflichten auf diesen übergehen lässt. Als Ausnahmevorschrift ist § 566 Abs. 1 BGB daher eng auszulegen und nur anzuwenden, soweit der mit ihr bezweckte Mieterschutz dies erfordert (Senatsurteil vom 12.10.2016, XII ZR 9/15, NJW 2017, 254 Rdnr. 24; vgl. auch BGH, Urteile vom 22.05.1989, VIII ZR 192/88, NJW 1989, 2053 und BGHZ 141, 239 = NJW 1999, 2177, 2178 m. w. N.). Der Ausnahmecharakter der Vorschrift steht jedoch hinsichtlich einer Erweiterung des Veräußerungsbegriffs oder der anderen Tatbestandsmerkmale der Norm einer Analogie nicht generell entgegen (Senatsurteil, BGHZ 215, 236 = NZM 2017, 847 Rdnr. 33).

29 Neben dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ist Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB die Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (Senatsurteil, BGHZ 215, 236 = NZM 2017, 847 Rdnr. 34 m. w. N.).

30 b) Auf dieser rechtlichen Grundlage hat der Senat entschieden, dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB dann vorliegen, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen alleinigem wirtschaftlichen Interesse erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat. Unter diesen Voraussetzungen ist nicht nur eine planwidrige Regelungslücke gegeben, sondern der zur Beurteilung stehende Sachverhalt ist auch mit dem vergleichbar, den der Gesetzgeber geregelt hat (Senatsurteil, BGHZ 215, 236 = NZM 2017, 847 Rdnr. 26).

31 In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der frühere Eigentümer des Grundstücks zur Vermietung seiner Immobilie eine Grundstücksgesellschaft errichtet und dieser das Eigentum an dem Grundstück übertragen. Zusätzlich hatte er eine Grundbesitz- und Handelsgesellschaft gegründet, die auf Anweisung der Grundstücksgesellschaft die Mietverträge über die Immobilie abgeschlossen hatte. Die Grundstücksgesellschaft hatte die Immobilie auch verwaltet und die Mieten eingezogen. Unter diesen Umständen war es ausnahmsweise gerechtfertigt, den Mietvertrag in entsprechender Anwendung der § 566 Abs. 1, § 578 Abs. 1 BGB so zu behandeln, als habe die ver-

äußernde Grundstücksgesellschaft die Mietverträge abgeschlossen (Senatsurteil, BGHZ 215, 236 = NZM 2017, 847 Rdnr. 42).

32 Denn der Gesetzeszweck des § 566 Abs. 1 BGB greift nicht nur dann, wenn das Mietobjekt unmittelbar vom Eigentümer des Mietobjekts vermietet wird, sondern auch dann, wenn ein Nichteigentümer den Mietvertrag im eigenen Namen, aber im wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers abschließt. Das Interesse des Mieters, nach einem Wechsel der Eigentumsverhältnisse unbeeinträchtigt die angemieteten Wohn- oder Geschäftsräume weiter nutzen zu können, besteht unabhängig davon, ob er den Mietvertrag mit dem Eigentümer selbst oder einer anderen Person abgeschlossen hat, die hierbei für den Eigentümer mit dessen Wissen und Einverständnis tätig geworden ist (Senatsurteil, BGHZ 215, 236 = NZM 2017, 847 Rdnr. 36 f.).

33 Um bei der Veräußerung eines vermieteten Grundstücks das fehlende Identitätserfordernis durch eine entsprechende Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB überwinden zu können, darf allerdings nicht allein das Besitzschutzinteresse des Mieters in den Blick genommen werden. Die für eine Analogie notwendige Vergleichbarkeit der Interessenlagen wird erst dann erreicht, wenn der Eigentümer bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise gleichsam als Vermieter angesehen werden kann. Dann ist es gerechtfertigt, dass er den von einem Dritten abgeschlossenen Mietvertrag gegen sich gelten lassen muss und er sein Eigentum nur mit einem Mietvertrag „belastet“ veräußern kann, an dessen Abschluss er nicht selbst beteiligt war (Günter, WuM 2013, 264, 270). Deshalb kommt bei Nichterfüllung des Identitätserfordernisses eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB etwa dann in Betracht, wenn der Eigentümer zur Vermietung seines Grundstücks einen Hausverwalter einsetzt oder als einer von mehreren Eigentümern oder als Alleingesellschafter einer GmbH den Mietvertrag schließt (vgl. BeckOGK-BGB/Harke, Stand: 01.10.2021, § 566 Rdnr. 20). Nutzt der Eigentümer, statt selbst den Mietvertrag abzuschließen, eine formale rechtliche Konstruktion, um nicht selbst als Vermieter in Erscheinung zu treten, ist es gerechtfertigt, ihn im Rahmen des § 566 BGB so zu behandeln, als habe er den Mietvertrag selbst abgeschlossen. Dadurch wird auch verhindert, dass der Eigentümer, um den von § 566 Abs. 1 BGB gewährten Mieterschutz zu umgehen, nicht selbst den Mietvertrag abschließt, sondern eine dritte Person einschaltet, die formal als Vermieter auftritt, letztlich aber allein im Interesse des Eigentümers handelt (Senatsurteil, BGHZ 215, 236 = NZM 2017, 847 Rdnr. 37).

34 Die bloße Zustimmung oder das Einverständnis des Eigentümers zur Vermietung seines Grundstücks durch einen Dritten oder die spätere Genehmigung des durch einen Nichteigentümer abgeschlossenen Mietvertrags reichen hingegen nicht aus, um eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB zu rechtfertigen (vgl. Schmidt-Futterer/Streyf, Mietrecht, 14. Aufl., § 566 BGB Rdnr. 68). Denn nur durch eine Beschränkung der analogen Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB auf die Fälle, in denen der Dritte nicht nur mit Zustimmung des Eigentümers, sondern auch in dessen wirtschaftlichem Interesse handelt, wird gewähr-

leistet, dass bei einer bloßen Untervermietung eine entsprechende Anwendung der Vorschrift ausscheidet. Bei der Untervermietung gestattet der Eigentümer zwar dem Hauptmieter auch, das Mietobjekt weiterzuvermieten. Der Abschluss des Untermietvertrags erfolgt jedoch nicht im Interesse des Eigentümers, sondern stellt eine besondere Art der Nutzung der Mietsache durch den Hauptmieter dar (Senatsurteil, BGHZ 215, 236 = NZM 2017, 847 Rdnr. 40).

35 c) Auf dieser rechtlichen Grundlage ist die Annahme des Berufungsgerichts, § 566 Abs. 1 BGB sei im vorliegenden Fall entsprechend anwendbar, rechtsfehlerhaft. Die für eine analoge Anwendung der Vorschrift erforderliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist nicht gegeben.

36 Nach den getroffenen Feststellungen lagen der Abschluss des Mietvertrags und die Durchführung des Mietverhältnisses nicht im alleinigen wirtschaftlichen Interesse der Projekt-Gesellschaft als veräußernde Eigentümerin. Sie hatte die S-GmbH weder mit der Vermietung der Flächen beauftragt noch ist festgestellt, dass sie überhaupt in die Vermietung an den Beklagten eingewilligt hätte. Ihr flossen während der gesamten Mietzeit keine Mietzahlungen zu. Sie hat auch keine anderen wirtschaftlichen Vorteile aus dem Mietverhältnis erhalten. Es liegt hier also kein bloß formales Auseinanderfallen von Vermieter- und Eigentümerstellung vor. Die S-GmbH ist bei Abschluss des Mietvertrags auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht für die Projekt-Gesellschaft aufgetreten.

37 Das wirtschaftliche Interesse der Projekt-Gesellschaft, das das Berufungsgericht für eine entsprechende Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB herangezogen hat, bestand allein darin, dass zum Zeitpunkt der Veräußerung der streitgegenständlichen Fläche an die Klägerin der Mietvertrag fortbesteht, um einer möglichen Ausübung des Rückgewähranspruchs durch die H-GmbH zu begegnen. Wie die Revision zutreffend ausführt, hatte die Projekt-Gesellschaft damit rechtlich betrachtet zum Zeitpunkt der Veräußerung der Grundstücksfläche lediglich ein Interesse am Eintritt der Rechtsfolge des § 566 Abs. 1 BGB. Dies genügt für eine analoge Anwendung der Vorschrift aber nicht.

38 Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung führt auch die Regelung in § 4 Abs. 4 des Grundstückskaufvertrags vom 20.06.2008 zu keiner anderen Beurteilung. In dieser Vertragsbestimmung haben die Kaufvertragsparteien zwar vereinbart, dass die Käuferin das Pachtverhältnis übernehmen und es mit Wirkung ab dem Übergabetag mit allen Rechten und Pflichten des Verpächters fortsetzen soll. Dies zeigt aber ebenfalls nur, dass die Kaufvertragsparteien zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags im Hinblick auf eine mögliche Ausübung des Rückgewähranspruchs durch die H-GmbH ein Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hatten.

39 3. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ist die Klägerin auch nicht im Wege einer rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme in den zwischen der S-GmbH und dem Beklagten abgeschlossenen Mietvertrag vom 18.01.2008 eingetreten. Zwar enthält § 4 Abs. 4 des Grundstückskaufvertrags vom 20.06.2008 eine Verpflichtung der

Klägerin zur Übernahme und Fortsetzung des Mietverhältnisses. Für eine rechtsgeschäftliche Übernahme des Mietvertrags genügt dies jedoch nicht. Nach allgemeiner Meinung ist die Vertragsübernahme ein einheitliches Rechtsgeschäft, das der Zustimmung aller Beteiligten bedarf. Dabei kann die Vertragsübernahme als dreiseitiger Vertrag oder durch Vertrag zwischen zwei Beteiligten geschlossen werden, der durch den dritten Beteiligten genehmigt wird (Senatsurteil vom 30.01.2013, XII ZR 38/12, NJW 2013, 1083 Rdnr. 19 m. w. N.). Erforderlich ist jedoch stets die Beteiligung der ursprünglichen Mietvertragsparteien. Daran fehlt es im vorliegenden Fall, weil die S-GmbH als Vermieterin der Grundstücksfläche weder an dem Grundstückskaufvertrag vom 20.06.2008 beteiligt war noch nachträglich – auch nicht durch schlüssiges Verhalten – der Vertragsübernahme zugestimmt hat. Soweit die Revisionserwiderung in der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten hat, die Regelung in § 4 Abs. 4 des Grundstückskaufvertrags könne ähnlich einem Vertrag zugunsten Dritter verstanden werden, führt auch dies nicht zu einem Übergang des Mietverhältnisses auf die Klägerin. Zwar ist es möglich, dass ein Vermieter in einem Grundstückskaufvertrag mit dem Erwerber eine Vereinbarung zugunsten seines Mieters trifft, die rechtlich als ein Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist (vgl. etwa BGH, Urteil vom 14.11.2018, VIII ZR 109/18, NZM 2019, 209 Rdnr. 26). Eine vollständige Vertragsübernahme kann auf diese Weise jedoch nicht erreicht werden.

40 Daher kann dahinstehen, ob der Mietvertrag vom 18.01.2008 im Hinblick auf die Bestimmbarkeit des Mietgegenstands den Anforderungen an die Einhaltung der Schriftform nach § 550 Satz 1, § 578 Abs. 2 Satz 1 BGB genügt und vor Ablauf der vereinbarten Mietdauer ordentlich gekündigt werden konnte.

41 Allerdings ist – wie das AG zutreffend festgestellt hat – zwischen der Klägerin und dem Beklagten konkludent ein Mietvertrag zustande gekommen, indem die Klägerin dem Beklagten die Grundstücksfläche seit 2009 überlassen und der Beklagte die Miete an die Klägerin gezahlt hat. Dieser eigenständige konkludente Mietvertrag ist entgegen § 550 Satz 1, § 578 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht schriftlich abgeschlossen worden, sodass er für unbestimmte Zeit galt und ordentlich kündbar war. Er wahrte auch nicht etwa deswegen die Schriftform der §§ 578, 550 BGB, weil er inhaltsgleich mit den in der äußeren Form niedergelegten Vertragsbedingungen konkludent abgeschlossen worden ist (vgl. dazu Senatsurteil vom 17.06.2015, XII ZR 98/13, NJW 2015, 2648 Rdnr. 33). Denn im Gegensatz zu dem genannten Senatsurteil liegt hier schon keine von beiden Parteien unterzeichnete Mietvertragsurkunde vor.

42 Der konkludent abgeschlossene Mietvertrag wurde von der Klägerin wirksam gemäß § 580a Abs. 1 Nr. 3 BGB zum 30.06.2017 gekündigt. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung war die Kündigung durch die Klägerin auch nicht treuwidrig. Die Klägerin hat zwar über Jahre hinweg entsprechend ihrer in § 4 Abs. 4 des Grundstückskaufvertrags übernommenen Verpflichtungen das Mietverhältnis mit dem Beklagten fortgesetzt. Aus diesem Umstand



lässt sich jedoch nicht herleiten, der Beklagte hätte darauf vertrauen können, dass die Klägerin nicht von der Kündigungsmöglichkeit Gebrauch macht, die das Gesetz vorsieht, wenn die Schriftform nicht eingehalten ist. Nur ausnahmsweise, wenn die Unwirksamkeit der vereinbarten langfristigen Vertragsdauer zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde, kann es gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, sich auf den Formmangel zu berufen. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der eine Vertragspartner den anderen schuldhaft von der Einhaltung der Schriftform abgehalten oder sich sonst einer besonders schweren Treuepflichtverletzung schuldig gemacht hat (vgl. Senatsurteil vom 09.04.2008, XII ZR 89/06, NJW 2008, 2181, 2183 m. w. N.). Für einen solchen Ausnahmefall liegen hier jedoch keine Anhaltspunkte vor.

43 Die Klägerin kann daher von dem Beklagten gemäß § 546 BGB Herausgabe der streitgegenständlichen Grundstücksfläche verlangen. Zudem ist auch das Feststellungsbegehren der Klägerin begründet (vgl. OLG Celle, BB 1978, 576; OLG Düsseldorf, ZMR 2011, 282 f.).

44 III. Das angefochtene Urteil ist mithin aufzuheben. Der Senat kann nach § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache abschließend entscheiden. Da die Klage aufgrund des vom Berufungsgericht erschöpfend festgestellten Sachverhalts begründet ist, ist das amtsgerichtliche Urteil wiederherzustellen.

2. Grundsätzlich keine Notwendigkeit eines Erbscheins bei transmortaler Vollmacht

OLG München, Beschluss vom 10.02.2022, 34 Wx 431/21, mitgeteilt von Notar Dr. **Michael Bernauer**, Laufen/Salzach

GBO §§ 35, 39

LEITSÄTZE:

1. **Mit dem Erbfall erwirbt der transmortal Bevollmächtigte aufgrund der Ermächtigung der Erblasserin die Befugnis, innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht über das zum Nachlass gehörende Vermögen in Vertretung der Erben zu verfügen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Der transmortal Bevollmächtigte muss weder die Erben namhaft machen, für die er handelt, noch die Zustimmung der Erben zu seinem Handeln einholen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Jedenfalls dann, wenn der transmortal Bevollmächtigte nicht Alleinerbe geworden ist, erlischt die transmortal Vollmacht beim Erbfall nicht durch Konfusion. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1. Im Grundbuch ist noch H H als Eigentümer von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an einer Tiefgarage eingetragen. H H ist am 04.04.2016 verstorben und wurde laut Erbschein vom 09.02.2017 von G H allein beerbt. G H ist am 23.09.2019 verstorben.

Zu notarieller Urkunde vom 16.08.2021 erklärten die Beteiligten die Einigung über den Eigentumsübergang des Miteigentumsanteils von G H an sich. Die notarielle Urkunde lautet auf Seite 1 unten und Seite 2 oben wie folgt:

„beide (= die Beteiligten) hier handelnd für sich im eigenen Namen und für die Erben der G H, die voraussichtlich aufgrund transmortal geltender Vollmacht durch den Bevollmächtigten P H erteilt werden soll.“

Ferner wurde die Eintragung der Auflassung im Grundbuch bewilligt und im Namen der Beteiligten beantragt. Der Urkunde beigefügt waren eine Ausfertigung des Erbscheins vom 09.02.2017, eine notariell beglaubigte Abschrift der Generalvollmacht vom 30.06.2016 sowie die am 27.08.2021 notariell beglaubigte Genehmigung der notariellen Urkunde vom 16.08.2021, erteilt von P H, handelnd für die Erben der G H aufgrund transmortaler Vollmacht. In der von G H für ihren Sohn P H ausgestellten Generalvollmacht ist geregelt, dass die Vollmacht nicht durch den Tod der G H erlöschen soll. Die Generalvollmacht verleiht die Befugnis, alle Rechtsgeschäfte vorzunehmen, bei denen Stellvertretung zulässig ist, und gilt u. a. auch für alle An- und Verkäufe von Immobilien sowie alle in diesem Zusammenhang erforderlichen Erklärungen.

Der beurkundende Notar hat am 13.09.2021 Vollzugsantrag hinsichtlich der Urkunde vom 16.08.2021 gestellt.

Mit Schreiben vom 17.09.2021 hat das Grundbuchamt die Ansicht vertreten, für die Wirksamkeit der Vollmacht über den Tod hinaus, auf die sich der Vollmachtnehmer berufe, müsse den Erben die Möglichkeit zum Widerruf gegeben werden. Dies sei nur möglich, wenn diesen die Existenz der Vollmacht bekannt sei. Gemäß der Urkunde vom 16.08.2021 werde festgestellt, dass P H in Vollmacht für die Erben handle. Allerdings sei weder ausgesagt, wer die Erben seien, noch sei die Erbenstellung nachgewiesen. Dies sei in der erforderlichen Form des § 35 Abs. 1 GBO nachzuholen.

Dem hat der Urkundsnotar mit Schreiben vom 26.09.2021 widersprochen. Es sei nicht nachvollziehbar, warum den Erben die Möglichkeit zum Widerruf gegeben werden müsse. Keinesfalls könne die Wirksamkeit der Vollmacht davon abhängen. Auch im Grundbuchverfahren sei vom Fortbestand der Vollmacht so lange auszugehen, bis konkrete Anhaltspunkte für deren Widerruf bestünden. Vorliegend sei die Verwendung der Vollmacht gerade gewünscht, um die bekanntlich kostspielige Erbscheinerteilung zu vermeiden. Förmlich – im Sinne des § 35 GBO – festgestellte Erben gebe es seines Wissen nach nicht. Erben seien wohl der Bevollmächtigte und dessen Schwester, die Mutter der Beteiligten. Es werde um den Erlass einer Zwischenverfügung gebeten, sollte das Grundbuchamt an seiner Rechtsansicht festhalten.

Mit Beschluss vom 21.10.2021 hat das Grundbuchamt den Antrag zurückgewiesen. Der Vollmachtnehmer habe sich auf eine Vollmacht über den Tod hinaus berufen. Grundsätzlich solle eine solche Vollmacht dem Vollmachtnehmer die Möglichkeit geben, zu Lebzeiten des Vollmachtgebers begonnene Geschäfte zu Ende zu führen oder laufende Geschäfte weiter zu führen. Im vorliegenden Fall habe der Vollmachtnehmer knapp zwei Jahre nach dem Tod der Vollmachtgeberin eine Vermächtniserfüllung durchgeführt. Für dieses, aus Sicht des Grundbuchamts eigenständige neue Rechtsgeschäft müssten die Erben die Möglichkeit gehabt haben, die Vollmacht zu widerrufen. Mit dem Hinweis des Notars, die Vollmacht solle verwendet werden, um Erbscheinskosten zu sparen, unterstelle der Notar, dass die Vollmacht über den Tod hinaus den Erbschein ersetzen solle. Genau dies solle sie aber nicht. Es könne nicht sein, dass zwei Jahre nach dem Tod der Vollmachtgeberin noch nicht sicher geklärt sei, wer die Erben seien. Dass mit der Vermächtniserfüllung den Anordnungen der Erblasserin gefolgt werde, werde vom Notar unterstellt. Tatsächlich liege keine Anordnung vor, die der Form des § 35 GBO entspreche. Es bleibe dabei, dass das Grundbuchamt wissen müsse, wer Erbe sei, um zu überprüfen, ob die Möglichkeit zum Widerruf der Vollmacht gegeben worden sei. Die Erbenstellung sei daher in der Form des § 35 Abs. 1 GBO nachzuweisen. Da dazu keine Bereitschaft bestehe, sei der Antrag zurückzuweisen.

Hiergegen hat der Notar namens der Erwerber am 17.11.2021 Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, den Beschluss aufzuheben und dem Antrag auf Vollzug der Auflassung statt-

zugeben, hilfsweise, den Beschluss aufzuheben und eine Zwischenverfügung zu erlassen. Ein Erbnachweis sei vorliegend nicht erforderlich. Die transmortale Vollmacht, die im Original vorgelegt worden sei, sei mit Zugang beim Bevollmächtigten wirksam geworden und mit dem Tod der Vollmachtgeberin nicht erloschen, sondern im Wege der Universalsukzession gemäß § 1922 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes auf die Erben übergegangen. Die Wirksamkeit der Vollmacht hänge nicht von der Kenntnisnahme durch die Erben oder deren Möglichkeit zum Widerruf ab. Ein Nachweis der Erbfolge nach G H nach § 35 GBO sei folglich nicht erforderlich. Gemäß § 40 GBO sei keine Voreintragung der Erben erforderlich. Daher habe der Bevollmächtigte auch insoweit keinen Erbnachweis vorzulegen oder die Erben zu benennen. Das Grundbuchamt habe auch nicht zu hinterfragen, ob die Vollmacht möglicherweise widerrufen sei. Es bestehe keine Verpflichtung desjenigen, dem eine transmortale Vollmacht vorgelegt wird, zuzuwarten bzw. einen Widerruf zu ermöglichen. Die Beschwerde wäre auch im Hilfsantrag begründet. Das Grundbuchamt hätte eine Zwischenverfügung erlassen müssen. Es sei unzutreffend, dass keine Bereitschaft bestünde, den Erbnachweis in der Form des § 35 GBO vorzulegen. Ihm, dem Notar, sei zwischenzeitlich durch die Erwerber mitgeteilt worden, dass ein europäisches Nachlasszeugnis vom 05.03.2020 existiere, wonach der Bevollmächtigte und seine Schwester, die Mutter der Beteiligten, Erben geworden seien. Das in Kopie vorgelegte Nachlasszeugnis könne im Bedarfsfall in beglaubigter Abschrift eingereicht werden.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

II. Die zulässige Beschwerde ist im Hauptantrag begründet.

Das Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde statthaft (§ 11 RPfIG, § 71 Abs. 1 GBO) und auch im Übrigen zulässig und ordnungsgemäß eingelegt, §§ 73, 15 Abs. 2 GBO.

Die Beschwerde ist begründet, weil die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung, § 13 GBO (wirksamer Eintragungsantrag), § 19 GBO (Bewilligung des Betroffenen), Einigung (§ 20 GBO) und § 29 GBO (Nachweis der Eintragungsgrundlagen in notarieller Form), erfüllt sind und eine Voreintragung der Erben (§ 39 GBO) nicht erforderlich ist. Für die Eintragung der Auflassung durch Eigentumsumschreibung bedarf es hier keines Nachweises der Erbfolge in der Form des § 35 GBO. Der Bevollmächtigte P H konnte das vollmachtlose Handeln der Beteiligten genehmigen.

Im Fall der Übertragung eines Grundstücks durch Auflassung (§ 20 GBO, § 925 BGB) erfordert das materielle Konsensprinzip des § 20 GBO, dass – zusätzlich zu der Bewilligung des verlierenden Teils (§ 19 GBO, formelles Konsensprinzip) – eine materiellrechtliche Einigung, die den Verfahrensvorschriften der §§ 20, 29 GBO genügt, nachgewiesen wird. Zu prüfen hat das Grundbuchamt die Auflassung unter anderem auch dahin gehend, ob sie von den verfügungsberechtigten Personen erklärt ist. Die Auflassungsberechtigung als Ausfluss der sachenrechtlichen



Verfügungsbefugnis muss im Zeitpunkt der Eintragung vorliegen (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 20 Rdnr. 40). Als sonstige Voraussetzung der Eintragung ist sie gemäß § 29 GBO nachzuweisen (vgl. *Hügel/Otto*, GBO, 4. Aufl., § 29 Rdnr. 108 ff.). Einigungsberechtigt sind im Fall der Auflassung eines Grundstücks der Eigentümer als verlierender und der Erwerber als gewinnender Teil (*Demharter*, GBO, § 20 Rdnr. 39 f.). Wird der Erbe durch einen Bevollmächtigten vertreten, sind die Wirksamkeit und der Umfang der Vollmacht vom Grundbuchamt selbstständig zu prüfen (OLG Frankfurt a. M., ZEV 2015, 648; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 74.2). Ist im Grundbuch als Eigentümer noch der Erblasser eingetragen, so ist die Voreintragung des Erben als Betroffenen (§ 39 GBO) nach § 40 GBO im Falle der Übertragung eines Rechts nicht erforderlich. Auch die Erbenstellung ist in der Form der §§ 29 ff. GBO nachzuweisen.

Vorliegend ist noch der verstorbene H H als Eigentümer gebucht. Erbin nach H H ist die ebenfalls verstorbene G H. Deren Erbenstellung ist durch die Vorlage des Erbscheins vom 09.02.2017, von dem dem Grundbuchamt eine Originalausfertigung vorlag, in der Form des § 29 GBO nachgewiesen. Grundsätzlich wären also deren Erben verfügungs- und damit einigungsberechtigt und hätten die Bewilligung abzugeben.

Bei der Beurkundung am 16.08.2021 handelten jedoch nicht die Erben, sondern die Beteiligten als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 177 BGB). Dass nicht die Erben, sondern für diese die Beteiligten unter Hinweis auf die dem P H erteilte transmortale Vollmacht die Einigung und die Bewilligung in der Urkunde vom 16.08.2021 erklärt haben, hindert deren Eintragung nicht. Denn P H konnte als Bevollmächtigter der Erben über den Miteigentumsanteil verfügen und somit das vollmachtlose Handeln der Beteiligten gemäß § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB genehmigen, wie mit notarieller Urkunde vom 27.08.2021 formgemäß geschehen. Zwar lässt die oben unter 1. zitierte Formulierung in der notariellen Urkunde vom 16.08.2021 nicht eindeutig erkennen, dass beabsichtigt war, dass P H das Handeln der Beteiligten genehmigen wird. Die Vorlage der notariell beglaubigten Genehmigung vom 27.08.2021 zusammen mit dem Eintragungsantrag lässt indes keinen anderen Schluss zu.

Die in notariell beglaubigter Abschrift und damit in der Form des § 29 GBO vorgelegte Generalvollmacht ist ausdrücklich für sämtliche Angelegenheiten erteilt, soweit diese gesetzlich zulässig sind. Sie ist daher grundsätzlich geeignet zur Vertretung in allen grundstücksbezogenen Angelegenheiten, in denen eine Vertretung zulässig ist (Senat vom 27.04.2009, 34 Wx 22/09, NJW-RR 2010, 443). Sie umfasst damit die Auflassung gemäß § 925 BGB, die Bewilligung gemäß § 19 GBO und die Umschreibungsanträge gemäß § 13 GBO (*Glenk*, FamRB 2017, 478). Nach dem eindeutigen Wortlaut handelt es sich um eine transmortale Vollmacht. Abgesehen davon, dass eine Vollmacht, wenn ihr ein Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde lag, gemäß §§ 168, 672, 675 BGB ohnedies über den Tod hinaus gilt, ist vorliegend die Fortgeltung über den Tod der Vollmachtgeberin hinaus ausdrücklich angeordnet. Mit dem Tod des Vollmachtgebers wandelt sich die transmortale Vollmacht in

eine Vollmacht für die Erben um (§ 1922 BGB). Mit dem Erbfall erwirbt der Bevollmächtigte aufgrund der Ermächtigung der Erblasserin die Befugnis, innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht über das zum Nachlass gehörende Vermögen in Vertretung der Erben zu verfügen (BGH, NJW 1983, 1487; OLG Celle, DNotZ 2020, 672; Senat vom 15.06.2015, 34 Wx 513/13, NZG 2015, 1024; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 3571; *Hügel/Reetz*, GBO, V Rdnr. 48; *Grüneberg/Weidlich*, 81. Aufl., Vor § 2197 Rdnr. 10).

Die Bedenken des Grundbuchamts hinsichtlich der Notwendigkeit der Benennung der Erben zur Ermöglichung eines Vollmachtswiderrufs sind nicht gerechtfertigt. Der Bevollmächtigte muss weder die Erben namhaft machen, für die er handelt, noch die Zustimmung der Erben zu seinem Handeln einholen (OLG Stuttgart, FGPrax 2019, 67; OLG Frankfurt a. M., ZEV 2012, 377; ZEV 2015, 648; LG Stuttgart, ZEV 2008, 198; *Hügel/Wilsch*, GBO, § 35 Rdnr. 78; *Glenk*, FamRB 2017, 478). Eine Nachforschungspflicht statuieren die §§ 170 bis 172 BGB gerade nicht. Die Bejahung eines allgemeinen Zustimmungszwangs liefe dem Zweck der über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirkenden Vollmacht zuwider, den Auftrag und seine Verwirklichung gerade von dem Willen späterer Erben unabhängig zu machen (BGH, NJW 1969, 1245; NJW 1995, 250; OLG Frankfurt a. M., ZEV 2015, 648).

Im hier gegebenen Fall, dass die Eigentumsübertragung an Miteigentumsanteilen an einem Nachlassgrundstück eingetragen werden soll, ist gemäß § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO weder eine Voreintragung der Erbin des H H noch eine Voreintragung der Erben der G H erforderlich. Die Erbenstellung der G H ist durch Erbschein gemäß § 35 GBO nachgewiesen. Die Voreintragung erübrigt sich auch für die Erbeserben (RG 53, 298; KGJ 49 A 174; *Hügel/Zeiser*, GBO, § 40 Rdnr. 1, 23, 25; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 142b; *Demharter*, GBO, § 40 Rdnr. 21; *Bauer/Schaub/Bauer*, GBO, 4. Aufl., § 40 Rdnr. 8; *KEHE/Volmer*, GBO, 8. Aufl., § 40 Rdnr. 7). Für diese hat P H als transmortale Bevollmächtigter gehandelt und muss insoweit keinen Erbnachweis vorlegen (OLG Celle, DNotZ 2020, 672; OLG Frankfurt a. M., ZEV 2015, 648; ZEV 2012, 377; *Weber*, DNotZ 2018, 884; *Hügel/Reetz*, GBO, V Rdnr. 50; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3571).

Ergänzend ist anzumerken, dass die Vollmacht nicht deshalb durch Konfusion erloschen ist, weil – wie in der Beschwerdebegründung vorgetragen – der Bevollmächtigte Miterbe ist. Soweit vertreten wird, dass die transmortale Vollmacht erlischt, wenn der Bevollmächtigte Alleinerbe des Vollmachtgebers wird (Senat vom 04.01.2017, 34 Wx 382/16, FGPrax 2017, 65), mangelt es vorliegend bereits an einer Stellung des P H als Alleinerben.

Im Fall der Aufhebung einer den Eintragungsantrag zurückweisenden Entscheidung hat das Beschwerdegericht grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden, das heißt eine Zwischenverfügung zu erlassen oder das Grundbuchamt zur Eintragung anzuweisen (Senat vom 04.08.2016, 34 Wx 110/16, FamRZ 2017, 328; OLG Köln, FGPrax 2013, 150; *Hügel/Kramer*, GBO, § 77 Rdnr. 41.1;

Demharter, GBO, § 77 Rdnr. 25). Dementsprechend war hier das Grundbuchamt zur Eintragung der Beteiligten als Miteigentümer anzuweisen.

3. Löschung einer Belastung bei Unauffindbarkeit der notariellen Bewilligungsurkunde

OLG Köln, Beschluss vom 05.07.2021, 2 Wx 183/21, mitgeteilt von **Thomas Bosbach**, Richter am OLG Köln

BGB §§ 137, 1018, 1090
GBO §§ 53, 148

LEITSÄTZE:

1. Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit einer im Grundbuch eingetragenen Baubeschränkung sowie einer Verfügungsbeschränkung.
2. Der Umstand, dass die im Grundbuch in Bezug genommene Bewilligungsurkunde nicht auffindbar ist, erlaubt jedenfalls im Antragsverfahren nicht die Löschung der Belastung. Vielmehr ist von Amts wegen ein Verfahren zur Urkundenwiederbeschaffung einzuleiten.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Das im Rubrum genannte Grundstück war ursprünglich im Grundbuch des AG Köln von A-B auf Blatt 1976 A gebucht. Am 24.01.1938 erfolgte eine Umschreibung des Grundstücks nach Blatt 5095. Am 29.01.1947 wurde für dieses Grundstück eine Grundakte angelegt, auf dessen Blatt 1 sich folgender am 29.01.1947 verfasster Vermerk befindet:

„Grundakten sind in Verlust geraten.“

Am 07.01.2003 erfolgt eine Übertragung des Grundstücks nunmehr auf das Blatt 19461. In Abteilung II Nr. 1 ist das Grundstück wie folgt belastet:

„Eine Bau- und Verfügungsbeschränkung zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Flur 55 Nr. 1521/11 nach Maßgabe der Bewilligung vom 21./22.12.1920, eingetragen am 08.01.1921 in Blatt 1976 A, über Blatt 5095 hierher mitübertragen am 07.01.2003.“

2 Bemühungen des Rechtspflegers des Grundbuchamts um die Beiziehung der Ursprungsgrundakten Blatt 1976 A bzw. weiterer Grundstücke, bei denen ebenfalls eine entsprechende Belastung gebucht ist, blieben erfolglos. Weder im Archiv des Grundbuchamtes noch im Landesarchiv NRW konnten die Akten aufgefunden werden. Das ursprünglich an dem Flurstück 1515/11 in südöstlicher Richtung unmittelbar angrenzende Flurstück 1521/11 wurde im Jahre 1923 aufgrund einer Teilvermessung in die Flurstücke 1606/11 bis 1620/11 zerlegt (...).

3 Mit Schriftsatz ihres damaligen Verfahrensbevollmächtigten vom 13.05.2016 (...) regte die Eigentümerin die Löschung des in Abt. II Nr. 1 eingetragenen Rechts wegen fehlender Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit an, da sich aus dem Grundbuch kein bestimmbarer Inhalt des Rechts ergebe. Auf die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung könne mangels Existenz der Ursprungsgrundakten nicht zurückgegriffen werden. Zudem könne die Verfügungsbezugnis über ein veräußerliches Recht nicht wirksam durch ein Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden. Durch den am 01.08.2016 erlassenen Beschluss lehnte der Rechtspfleger eine Löschung des eingetragenen Rechts ab.

4 Mit Schriftsatz ihres jetzigen Verfahrensbevollmächtigten vom 29.06.2020 (...) hat die Beteiligte beantragt bzw. ange-regt,

die im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit gemäß § 53 GBO zu löschen,

hilfsweise das Verfahren gemäß § 148 GBO i. V. m. § 1 Abs. 1 Satz 2 und § 11 der Verordnung über die Wiederherstellung zerstörter oder abhandengekommener Grundbücher und Urkunden von Amts wegen zu eröffnen.

5 Dabei hat sie erneut die Auffassung vertreten, die eingetragene Verfügungsbeschränkung sei ihrem Inhalt nach gemäß § 137 Satz 1 BGB und zudem gemäß § 1090 Abs. 1 Alt. 2 i. V. m. § 1018 BGB unzulässig. Der Angabe „Bau- und Verfügungsbeschränkung“ fehle die notwendige Kennzeichnungskraft. Soweit die ursprünglichen Grundakten nicht mehr auffindbar bzw. vorhanden seien, sei das Verfahren zur Wiederherstellung zerstörter oder abhandengekommener Grundbücher und Urkunden von Amts wegen zu eröffnen.

6 Mit dem am 26.10.2020 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt unter Bezugnahme auf seine Entscheidung vom 29.07.2016 den Antrag auf Löschung des Rechts in Abt. II Nr. 1 zurückgewiesen. In den Gründen hat das Grundbuch weiterhin darauf hingewiesen, dass „zu gegebener Zeit das Verfahren zur Wiederherstellung der wahrscheinliche kriegsvernichteten Bewilligung einleiten werde.“ Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, mit der diese ihre Anträge bzw. Anregungen wiederholt.

7 II. 1. Die mit dem Ziel der Löschung des in Abt. II Nr. 1 eingetragenen Rechts eingelegte Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO i. V. m. § 11 Abs. 1 RPfIG statthaft (vgl. OLG Karlsruhe, FGPrax 2014, 49; OLG München, FGPrax 2018, 12; KEHE/*Sternal*, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 71 GBO Rdnr. 39 m. w. N.) und auch im Übrigen zulässig (§ 73 GBO). Soweit die Beteiligte mit der Beschwerde zudem die Wiederherstellung der abhandengekommenen Unterlagen begehrt, ist das Rechtsmittel nicht statthaft. Denn bisher hat das Grundbuchamt die Wiederherstellung der abhandengekommenen Urkunde noch nicht endgültig abgelehnt, sondern die Einleitung des Verfahrens lediglich zurückgestellt. Die bloße Untertätigkeit des Grundbuchamts unterliegt keiner Anfechtung; in Betracht kommt allenfalls eine Dienstaufsichtsbeschwerde (KEHE/*Sternal*, Grundbuchrecht, § 71 GBO Rdnr. 57).

8 2. In der Sache hat das Rechtsmittel, soweit dieses statt- haft ist, keinen Erfolg. Die Voraussetzungen für eine Amts- löscherung gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO liegen nicht vor, da derzeit nicht davon ausgegangen werden kann, dass die beanstandete Eintragung ihrem Inhalt nach ganz oder teil- weise unzulässig ist.

9 a) Eine Eintragung ist von Amts wegen als inhaltlich unzu- lässig gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu löschen, wenn das Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung der Eintra- gung aus Rechtsgründen nicht bestehen kann (vgl. nur BGH, FGPrax 2015, 5; OLG München, FGPrax 2018, 12; *Demharter*, GBO, 32. Aufl. 2021, § 53 Rdnr. 42). Die Unzuläs- sigkeit muss sich aus dem Eintragungsvermerk selbst oder den in zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintra- gungsunterlagen ergeben; andere Beweismittel dürfen nicht verwertet werden (BGH, FGPrax 2017, 243; BayObLG, Rpfleger 1988, 102; OLG Hamm, OLGZ 1993, 43; OLG Mün- chen, Rpfleger 2008, 480; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 42).

10 Eine Eintragung kann vor allem dann ein Recht nicht zum Entstehen bringen und daher (von Anfang an) rechtlich un- wirksam sein, wenn sie ein nicht eintragungsfähiges Recht, ein Recht mit einem nicht erlaubten Inhalt oder ein Recht ohne den gesetzlich gebotenen Inhalt verlaubar. Letzteres ist unter anderem der Fall, wenn der Eintragungsvermerk den wesentlichen Inhalt des Rechts nicht kennzeichnet oder in einem wesentlichen Punkt so unklar ist, dass die Be- deutung des Eingetragenen auch bei zulässiger Auslegung nicht festgestellt werden kann. Dabei muss sich die inhalt- liche Unzulässigkeit aus dem Eintragungsvermerk und den dort in zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintra- gungsunterlagen zur Überzeugung des Grundbuchamts oder des im Beschwerdeverfahren an seine Stelle tretenden Beschwerdegerichts ergeben (BGH, FGPrax 2015, 5, BayObLGZ 1990, 35; OLG München, FGPrax 2018, 12; *Dem- harter*, GBO, § 53 Rn. 45, 49). Maßgebend für die Beurtei- lung der inhaltlichen (Un-)Zulässigkeit einer Eintragung sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Eintragung und das Rechtsverständnis, wie es in der damaligen Verkehrsübung seinen Niederschlag gefunden hat (BayObLG, NJW 1998, 879; KG, OLGZ 1977, 6, OLG Hamm, NJW-RR 1995, 914; OLG München, FGPrax 2018, 12; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 50). Gemäß § 1090 BGB kann ein Grundstück durch eine Nutzungsbefugnis (§ 1090 Abs. 1 Alt. 1 BGB, durch Handlungsverbote oder durch den Ausschluss der Rechts- ausübung (§ 1090 Abs. 1 Alt. 2 i. V. m. § 1018 Alt. 2 und 3 BGB) belastet werden. Der charakteristische Inhalt der je- weiligen Befugnis oder Beschränkung ist durch den Eintra- gungsvermerk selbst zum Ausdruck zu bringen, der sodann wegen der inhaltlichen Ausgestaltung des Rechts im Ein- zeln auf die Bewilligung Bezug nehmen kann (vgl. nur BGHZ 35, 382; OLG München, FGPrax 2018, 12; OLG Zwei- brücken, FGPrax 2017, 18; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 17 i. V. m. § 53 Rdnr. 45).

11 b) Unter Heranziehung dieser Kriterien kann nicht von einer Unzulässigkeit der beanstandete Eintragung einer „Baubeschränkung“ in Abt. II Nr. 1 des Grundbuchs ausge- gangen werden. Die schlagwortartige Bezeichnung dieses Rechts verfügt nach gefestigter Rechtsprechung bereits

über eine ausreichend individualisierende inhaltliche Kennzeichnungskraft; hinsichtlich der näheren Ausgestal- tung dieser Beschränkung konnte daher auf die Eintra- gungsbewilligung Bezug genommen werden (vgl. nur BGH, NJW 1983, 115; OLG Hamm, FGPrax 1996, 171; OLG Mün- chen, FGPrax 2008, 196; FGPrax 2018, 12; *Staudinger/We- ber*, Neub. 2017, § 1018 Rdnr. 106 f.; *Staudinger/Heinze*, Neub. 2018, § 873 Rdnr. 264). An die inhaltliche Beschrei- bung der Grunddienstbarkeit im Grundbuch selbst dürfen nämlich keine übertriebenen Anforderungen gestellt wer- den; Verkürzungen und Ungenauigkeiten lassen sich durch die lediglich schlagwortartige Bezeichnung nicht vermei- den (BayObLG, Rpfleger 1989, 230; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 18).

12 c) Auch hinsichtlich der eingetragenen „Verfügungsbe- schränkung“ liegen derzeit nicht die Voraussetzungen für eine Löschung dieser Belastung vor. Insbesondere kann nicht ohne weitere Nachweise von einer Grundbuchunrich- tigkeit ausgegangen werden. Allein aus der schlagwortarti- gen Bezeichnung „Verfügungsbeschränkung“ ist noch nicht erkennbar, welche Beschränkung hiermit konkret verbun- den sein sollte, insbesondere, ob hiermit ein absolutes oder relatives Verfügungsverbot bzw. eine Veränderungssperre gemeint war. Daher bedarf es eines Rückgriffs auf die Be- willigung als Informationsquelle über den Inhalt des Rechts. Nur in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung kann un- ter Berücksichtigung des zum maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung im Jahre 1921 bestehenden Rechtsverständnis- ses geprüft werden, ob es sich um eine ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung handelt. Insbesondere, ob – wie die Beschwerde geltend macht – ein Recht mit einem gesetz- lich nicht erlaubten Inhalt verlaubar wird.

13 Der Umstand, dass die Ursprungsgrundakte möglicher- weise durch Kriegseinwirkungen zerstört worden ist und die zulässigerweise in Bezug genommene Bewilligungsurkun- de jedenfalls derzeit nicht auffindbar ist, rechtfertigt noch keine Löschung der Belastung aufgrund materiellrecht- licher Unwirksamkeit des Rechts.

14 Das Fehlen einer Bewilligung als rein verfahrensrecht- licher Erklärung wirkt sich zudem nicht auf die materiell- rechtliche Seite des Geschäfts aus (BayObLGZ 2000, 176, 179; OLG München, FGPrax 2015, 159), sodass die Un- auffindbarkeit der Bewilligung noch nicht den Bestand des materiellen Rechts in Frage stellt (OLG München, FGPrax 2018, 12).

15 Insoweit ist – worauf das Grundbuchamt in seiner Ent- scheidung bereits hingewiesen hat – das Amtsverfahren zum Zweck der Wiederbeschaffung zerstörter oder abhan- den gekommener Eintragungsbewilligungen nach § 148 GBO in Verbindung mit der fortgeltenden VO über die Wie- derherstellung zerstörter oder abhanden gekommener Grundbücher und Urkunden vom 26.07.1940 (RGBl. I 1048) einzuleiten (vgl. Senat, Rpfleger 1982, 16, 17; OLG München, Beschluss vom 30.06.2014, 34 Wx 168/14, juris; LG Pots- dam, Rpfleger 2000, 545; *Demharter*, GBO, § 148 Rdnr. 3; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, § 148 Rdnr. 6 mit 9). Dies ist bisher nicht geschehen. Ein etwaiger Verstoß des Grund- buchamts gegen die Ordnungsvorschriften gemäß § 148

Abs. 1 GBO hat allerdings keine Folgen für die Wirksamkeit und die inhaltliche Zulässigkeit der Eintragung (OLG München, FGPrax 2018, 12).

16 Eine Löschung der beanstandeten Eintragung allein wegen der fehlenden Einleitung des Verfahrens kommt nicht in Betracht. Dabei ist auch das Vertrauen darauf zu berücksichtigen, dass Eintragungen, die jahrzehntelang als inhaltlich zulässig und deshalb rechtlich wirksam angesehen wurden, als bestehend anerkannt bleiben, selbst wenn die Art der Eintragung nach heutigen strengeren Maßstäben nicht mehr in dieser Form vorgenommen würde bzw. in dieser Form als unzulässig angesehen würde (BayObLG, Rpfleger 1981, 479 hinsichtlich einer Eintragung aus dem Jahr 1956; BayObLG, Rpfleger 1986, 296 hinsichtlich einer Eintragung aus dem Jahr 1932; BayObLGZ 1987, 121, 129 hinsichtlich einer Eintragung aus dem Jahr 1922; KG, OLGZ 1975, 301, 305 hinsichtlich einer Eintragung aus dem Jahr 1933; OLG München, FGPrax 2018, 12; Demharter, GBO, § 53 Rdnr. 50). Dieses Vertrauen ist hier angesichts des nahezu ein Jahrhundert dauernden Zeitraums, in dem die Belastung unbeanstandet geblieben ist, aus Gründen der Rechtssicherheit anzuerkennen und schutzwürdig.

17 2. Einer förmlichen Kostenentscheidung bedarf es nicht, da der Beschwerdeführerin kein Gegner gegenüber steht.

18 Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen nicht vorliegen (§ 78 Abs. 2 GBO).

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

4. Kostentragung bei der Bildung von Untergemeinschaften in einer Mehrhausanlage

BGH, Urteil vom 12.11.2021, V ZR 204/20 (Vorinstanz: LG Stuttgart, Beschluss vom 19.08.2020, 2 S 3/20)

WEG § 10 Abs. 1 Satz 2

LEITSÄTZE:

- 1.** In der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage können für die Tiefgarage und die Wohngebäude auch dann weitgehend verselbstständigte Untergemeinschaften gebildet werden, wenn die Tiefgarage zugleich als Fundament der Wohngebäude dient.
- 2.** Sieht die Gemeinschaftsordnung einer solchen Anlage vor, dass die Untergemeinschaften sich selbstständig verwalten, dass an den Untergemeinschaften die jeweiligen Eigentümer entsprechend ihren Miteigentumsanteilen berechtigt und verpflichtet sind, und dass für die Untergemeinschaften jeweils eigene Rücklagen gebildet werden sollen, so entspricht es der nächstliegenden Bedeutung dieser Regelungen, dass allein die Teileigentümer der Tiefgarage die Kosten für Sanierungsmaßnahmen im Bereich der Tiefgarage zu tragen haben, und zwar auch im Hin-

blick auf tragende Bauteile, die zugleich das Fundament der Wohngebäude bilden.

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2022, 211.

5. Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken

BGH, Urteil vom 16.07.2021, V ZR 284/19 (Vorinstanz: LG Stuttgart, Beschluss vom 20.11.2019, 2 S 47/18)

BGB § 1004

WEG § 1 Abs. 1 und 3, § 5 Abs. 4 Satz 1, § 9a Abs. 2, § 10 Abs. 3 Satz 1, § 14 Abs. 1 Nr. 1, § 48 Abs. 5

ZPO § 557 Abs. 3 Satz 2

LEITSÄTZE:

- 1.** Verlangt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer mit einer vor dem 01.12.2020 anhängigen Klage von einem Wohnungseigentümer Unterlassung einer gegen die Gemeinschaftsordnung verstoßenden Nutzung (hier: Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken), kommt es nach Inkrafttreten des WEMoG am 01.12.2020 für die Prozessführungsbefugnis des Verbandes nicht mehr darauf an, ob ein Vergemeinschaftungsbeschluss vorlag. Dies ist auch im Revisionsverfahren zu berücksichtigen.
- 2.** Ein Sondereigentümer kann ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer sein Teileigentum nicht in Wohnungseigentum umwandeln, es sei denn, in der Gemeinschaftsordnung ist ein entsprechender Vorbehalt enthalten (sog. Änderungsvorbehalt).
- 3.** Die Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken ist bei typisierender Betrachtungsweise jedenfalls dann nicht störender als die vorgesehene Nutzung und deshalb zulässig, wenn es an einer einschränkenden Zweckbestimmung für das Teileigentum fehlt, die Teileigentumseinheit in einem separaten Gebäude (mit getrennter Kostenregelung) gelegen ist und auch die übrigen Sondereigentumseinheiten ausschließlich der Wohnnutzung dienen (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 23.03.2018, V ZR 307/16, NJW-RR 2018, 1227 Rdnr. 9).

SACHVERHALT:

1 Der Beklagte ist Mitglied der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft. Die Wohnungseigentumsanlage gliedert sich in zwei auf einem Grundstück errichtete Gebäude mit insgesamt neun Einheiten. Das Haus mit der Hausnummer 36 ist in insgesamt acht Wohneinheiten unterteilt. Bei dem Gebäude mit der Nr. 36a (jetzt: Nr. 36/1) handelte es sich im Zeitpunkt der Teilung um eine fensterlose Scheune. Diese Sondereigentumseinheit gehört dem Beklagten. In der Teilungserklärung vom 12.04.1973 sind u. a. folgende Regelungen enthalten:

„§ 2

Wir erklären hiermit gegenüber dem Grundbuchamt, dass bezüglich des in § 1 näher bezeichneten Grundstücks verbunden werden (...)

1. (...)

(...)

9. ein Miteigentumsanteil von 200/1.200 mit dem Sondereigentum (Teileigentum) an Geb. 36a H-straße (Lageraum), im Aufteilungsplan mit Ziffer 12 bezeichnet.

(...)

§ 4 (...)

XVIII.

Teileigentum (...)

Der jeweilige Eigentümer des in § 2 unter Ziffer 9 bezeichneten Teileigentumsrechts (Aufteilungsplan Nr. 12) hat kein Recht zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums in Geb. 36 H-straße. Die jeweiligen Inhaber der in § 1 unter Ziffer 1 bis 8 bezeichneten Wohnungseigentumsrechte haben kein Recht zur Nutzung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Teile von Geb. 36a H-straße.

Die Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums obliegt:

a) hinsichtlich Geb. 36 H-straße: den jeweiligen Inhabern der in § 2 Ziffer 1-8 bezeichneten Wohnungseigentumsrechte,

b) hinsichtlich Geb. 36a H-straße: dem jeweiligen Inhaber des in § 2 Ziffer 9 bezeichneten Teileigentumsrechts.

Auch alle sonstigen Verwaltungskosten sind, soweit sie unterscheidbar sind, auf die Wohnungseigentumsrechte einerseits und das Teileigentum andererseits aufzuteilen und entsprechend zu tragen.

XIX.

2 Der jeweilige Inhaber des in § 2 Ziffer 9 bezeichneten Teileigentumsrechts ist berechtigt, beliebige bauliche Veränderungen an Geb. 36a H-straße vornehmen zu lassen, auch soweit hierdurch gemeinschaftliches Eigentum betroffen bzw. verändert wird. Das Erfordernis der jeweiligen baurechtlichen Zulässigkeit der Baumaßnahmen bleibt unberührt.“

2013 ließ der Beklagte das seiner Einheit zugeordnete Gebäude abreißen und begann damit, an derselben Stelle ein Einfamilienhaus zu errichten. Ein im Jahr 2014 von der Klägerin eingeleitetes einstweiliges Verfügungsverfahren, mit der die Errichtung des Wohnhauses verhindert werden sollte, wurde von den Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt. Durch notarielle Urkunde vom 31.05.2017 erklärte der Beklagte – gestützt auf die Regelung in § 4 Ziffer XIX der Teilungserklärung – eine Nutzungsänderung von Teileigentum in Wohnungseigentum und bewilligte und beantragte, die Änderung in das Grundbuch einzutragen. Am 12.07.2017 änderte das Grundbuchamt die Buchungsart des Sondereigentums des Beklagten von Teileigentum in Wohnungseigentum und trug Folgendes ein:

„200/1.200 Miteigentumsanteil an dem Grundstück (...) verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 12 bezeichneten Wohneinheit (sämtliche Räume im Wohnhaus H-straße 36/1 nebst Garage). (...)“

3 Gegen die Umschreibung im Grundbuch ist ein Beschwerdeverfahren anhängig. Mit der Klage verlangt die Klägerin – soweit von Interesse – dem Beklagten zu untersagen, das von ihm errichtete Gebäude als Wohnraum zu nutzen (Klageantrag zu 2), und ihn dazu zu verurteilen, „die im westlichen Bereich des Anwesens H-straße 36/1 (...) angebaute Terrasse insoweit zurückzubauen, als sie das Grundstück der Klägerin im westlichen Bereich überbaut“ (Klageantrag zu 3). Das AG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten vor dem LG ist erfolglos geblieben. Hiergegen wendet er

sich mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

17 I. b) Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, die Unterlassungsklage sei begründet.

18 aa) Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts.

19 (1) Gemäß § 15 Abs. 3 WEG a. F. konnte jeder Wohnungseigentümer und nach Vergemeinschaftung der Verband von den übrigen Wohnungseigentümern einen Gebrauch der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile und des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen, der unter anderem den Vereinbarungen entspricht. Nach dem nunmehr anwendbaren neuen Recht steht ein entsprechender Anspruch (ausschließlich) dem Verband zu (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG). Vereinbarungscharakter (§ 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG) kommt insoweit auch der in der Teilungserklärung im weiteren Sinne (genauer: der Gemeinschaftsordnung, vgl. Senat, Urteil vom 23.03.2018, V ZR 307/16, NJW-RR 2018, 1227 Rdnr. 6) enthaltenen Bestimmung zu, ob es sich bei dem jeweiligen Sondereigentum um Wohnungseigentum (§ 1 Abs. 1 WEG) oder um Teileigentum (§ 1 Abs. 3 WEG) handelt. Hiermit wird nämlich festgelegt, ob die Einheit zu Wohnzwecken oder aber nicht zu Wohnzwecken genutzt werden darf. Nutzt ein Eigentümer seine ihm als Teileigentum zugewiesene Einheit zu Wohnzwecken oder umgekehrt eine ihm als Wohnungseigentum zugewiesene Einheit zu anderen Zwecken, kann von ihm grundsätzlich Unterlassung dieser Nutzung verlangt werden (vgl. Senat, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16, BGHZ 216, 333 Rdnr. 5 f. m. w. N.).

20 (2) In der Nutzung einer Sondereigentumseinheit, die der für diese Einheit durch die Eintragung im Grundbuch „verdinglichten“ Zweckbestimmung widerspricht, liegt zugleich eine Verletzung des Eigentums der übrigen Sondereigentümer, die grundsätzlich einen – nach neuem Recht gemäß § 9a Abs. 2 WEG zwingend und nach bisherigem Recht nach einer Vergemeinschaftung von dem Verband geltend zu machenden – Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 BGB begründet (vgl. Senat, Urteil vom 25.10.2019, V ZR 271/18, BGHZ 223, 305 Rdnr. 16 ff.).

21 bb) Das Berufungsgericht geht im Ergebnis auch zutreffend davon aus, dass die Wohnnutzung des Beklagten der nach der Teilungserklärung gestatteten Nutzung widerspricht. Nach § 2 Nr. 9 der Teilungserklärung vom 12.04.1973 handelt es sich bei der dem Beklagten gehörenden Einheit um Teileigentum, sodass nur eine Nutzung zu anderen als zu Wohnzwecken zulässig ist (§ 1 Abs. 3 WEG). Entgegen der Auffassung der Revision ändert sich hieran nichts dadurch, dass der Beklagte am 31.05.2017 eine Nutzungsänderung erklärt hat und seit dem 12.07.2017 das Sondereigentum des Beklagten in dem Grundbuch nicht mehr als Teileigentum, sondern als Wohnungseigentum ausgewiesen ist. Ein Sondereigentümer kann ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer sein Teileigentum nicht in Wohnungseigentum

umwandeln, es sei denn, in der Gemeinschaftsordnung ist ein entsprechender Vorbehalt enthalten (sog. Änderungsvorbehalt). Letzteres ist hier indessen nicht der Fall.

22 (1) Soll Teileigentum in Wohnungseigentum umgewandelt werden, erfordert dies grundsätzlich eine Änderung der Gemeinschaftsordnung, die materiellrechtlich im Wege der Vereinbarung aller Wohnungseigentümer erfolgt; grundbuchrechtlich bedarf es einer Bewilligung nach §§ 19, 29 GBO (vgl. Senat, Beschluss vom 04.12.2014, V ZB 7/13, NJW-RR 2015, 645 Rdnr. 12; vgl. auch OLG München, NJW-RR 2014, 528, 529; ZMR 2017, 307; OLG Frankfurt a. M., ZWE 2015, 320 Rdnr. 15; Bärmann/*Armbrüster*, WEG, 14. Aufl., § 1 Rdnr. 38; BeckOGK-WEG/*M. Müller*, Stand: 01.12.2020, § 1 Rdnr. 173 ff.; Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl., § 1 Rdnr. 43; BeckOK-WEG/*Kral*, Stand: 01.01.2021, § 7 Rdnr. 137 ff.; KEHE/*Keller*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 3 Rdnr. 69). Zu einer Vereinbarung mit allen übrigen Wohnungseigentümern über die Zulässigkeit der von dem Beklagten vorgenommenen Nutzungsänderung ist es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch im Zusammenhang mit dem für erledigt erklärten einstweiligen Verfügungsverfahren nicht gekommen.

23 (2) Ein Sondereigentümer kann allerdings ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer sein Teileigentum in Wohnungseigentum umwandeln, wenn in der Gemeinschaftsordnung ein entsprechender Vorbehalt enthalten ist (sog. Änderungsvorbehalt). Grundsätzliche Bedenken gegen die Wirksamkeit eines solchen Vorbehalts bestehen nicht. Wie oben ausgeführt (vgl. Rdnr. 19), ist die Zuordnung zum Wohnungseigentum oder Teileigentum als Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter (§ 5 Abs. 4 Satz 1 WEG, § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG) zu qualifizieren. Sie ist Bestandteil der Gemeinschaftsordnung, die ähnlich einer Satzung die Grundlage für das Zusammenleben der Wohnungseigentümer bildet und damit die Innenbeziehungen untereinander regelt. Anders etwa als bei der Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum oder umgekehrt werden die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft, die einer Vereinbarung (vgl. Senat, Urteil vom 22.03.2019, V ZR 298/16, NJW 2019, 3716 Rdnr. 11 m. w. N.) und in der Folge auch einem Änderungsvorbehalt nicht zugänglich sind (vgl. Senat, Urteil vom 04.04.2003, V ZR 322/02, NJW 2003, 2165, 2166), bei der Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum nicht berührt (vgl. Senat, Urteil vom 11.05.2012, V ZR 189/11, NJW-RR 2012, 1036 Rdnr. 9). Vor diesem Hintergrund hat der Senat eine Regelung in einer Teilungserklärung, wonach der jeweilige Eigentümer einer Teileigentumseinheit befugt war, die seiner Berechtigung unterliegenden Dachgeschossbereiche auf eigene Kosten zu Wohnzwecken auszubauen und die neu geschaffenen Räume von Teileigentum in Wohneigentum umzuwandeln, sobald hierfür die behördlichen Genehmigungen vorliegen, als wirksam erachtet (vgl. Senat, Urteil vom 18.01.2013, V ZR 88/12, ZWE 2013, 131 Rdnr. 2, 4 und 9; vgl. auch OLG München, NJW-RR 2014, 528 529; Bärmann/*Armbrüster*, WEG, § 1 Rdnr. 42; BeckOGK-BGB/*M. Müller*, § 1 Rdnr. 183 f.).

24 (3) Einen solchen Änderungsvorbehalt enthält die Teilungserklärung vom 12.04.1973 nicht. Entgegen der Auffassung der Revision ergibt er sich insbesondere nicht aus § 4 Ziffer XIX.

25 (a) Die in der Teilungserklärung enthaltene Gemeinschaftsordnung ist Bestandteil der Grundbucheintragung. Ihre Auslegung unterliegt daher vollen Umfangs der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Maßgebend sind ihr Wortlaut und Sinn, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt, weil sie auch die Sonderrechtsnachfolger der Wohnungseigentümer bindet. Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (Senat, Urteil vom 26.06.2020, V ZR 199/19, NJW-RR 2020, 959 Rdnr. 6 m. w. N.).

26 (b) Nach dem Wortlaut berechtigt § 4 Ziffer XIX den Eigentümer des Teileigentumsrechts dazu, „beliebige bauliche Veränderungen an Geb. 36a H-straße vornehmen zu lassen“. Eine Ermächtigung, die Zuordnung als Teileigentum in Wohnungseigentum zu ändern, enthält die Teilungserklärung nicht. Von einer konkludenten Ermächtigung könnte nur ausgegangen werden, wenn das dem Teileigentümer eingeräumte Ausbaurecht ausdrücklich auch den Ausbau zu Wohnzwecken umfasste. Es ergäbe nämlich keinen (vernünftigen) Sinn und widerspräche einer nächstliegenden Auslegung, wenn eine Klausel zwar zum Ausbau zu einer Wohnung oder zum Ausbau eines Wohnhauses berechtigte, der Rechtsinhaber aber für die Änderung der Teilungserklärung auf eine Vereinbarung und damit auf die Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer angewiesen wäre (vgl. auch OLG München, NJW-RR 2014, 528, 529). Ein zur Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum berechtigender Änderungsvorbehalt ergibt sich bei nächstliegender Auslegung der Gemeinschaftsordnung aber nicht bereits aus einem – wie hier – dem Teileigentümer eingeräumten Recht, seine Einheit beliebig auszubauen. Vielmehr ist nächstliegend die Auslegung, dass der Ausbau nur innerhalb der sich aus der Teilungserklärung mit der Zuordnung als Teileigentum ergebenden Zweckbestimmung (§ 1 Abs. 3 WEG: „nicht zu Wohnzwecken“) zulässig ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht in der Zusammenschau mit den sonstigen Bestimmungen der Teilungserklärung. Dass es sich bei den übrigen acht Einheiten der Anlage um Wohneinheiten handelt, besagt als solches nichts dazu, ob die nach der Teilungserklärung als Teileigentum bezeichnete Einheit in Wohnungseigentum umgewandelt werden kann. Auch der Umstand, dass das Teileigentumsrecht – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts (vgl. nachfolgend unter Rdnr. 29) – nicht auf eine Nutzung als „Lagerraum“ beschränkt ist, veranlasst keine abweichende Beurteilung. Diesem Umstand kommt zwar Bedeutung für die Frage zu, ob die tatsächliche Nutzung mehr stört als die nach der Teilungserklärung zulässige, berechtigt den Sondereigentümer aber nicht, ohne Zustimmung der übrigen Eigentümer die Zweckbestimmung seiner Einheit zu ändern (vgl. OLG München, ZWE 2017, 307 Rdnr. 40).

27 cc) Zutreffend prüft das Berufungsgericht ferner, ob die Wohnnutzung ausnahmsweise deshalb zulässig ist, weil sie nicht mehr stört als die zulässige Nutzung des Teileigentums. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann eine nach dem vereinbarten Zweck nicht gestattete Nutzung nicht untersagt werden, wenn diese bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die vorgesehene Nutzung (Senat, Urteil vom 13.12.2019, V ZR 203/18, NJW 2020, 1354 Rdnr. 10 m. w. N.; Urteil vom 25.10.2019, V ZR 271/18, BGHZ 223, 305 Rdnr. 24 m. w. N.). Diese Einschränkung des Unterlassungsanspruchs ist nach den Grundsätzen einer ergänzenden Vertragsauslegung gerechtfertigt. Der hypothetische Wille des teilenden Eigentümers geht bei einer Zweckbestimmung grundsätzlich nicht dahin, den Wohnungs- und Teileigentümern eine bestimmte Gestaltung ihres Privat- oder Berufslebens vorzugeben und das ihnen gemäß Art. 14 GG i. V. m. § 13 WEG a. F. bzw. §§ 13, 16 Abs. 1 WEG zustehende Recht zur Nutzung ihres Eigentums über Gebühr einzuschränken. Vielmehr soll in erster Linie das Maß der hinzunehmenden Störungen festgelegt werden. Solange dieses Maß eingehalten wird, fehlt es in der Regel ebenso wie bei einer der Zweckbestimmung entsprechenden Nutzung an einem schutzwürdigen Abwehrinteresse der anderen Wohnungseigentümer bzw. des Verbands (vgl. Senat, Urteil vom 13.12.2019, V ZR 203/18, NJW 2020, 1354 Rdnr. 10).

28 dd) Die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Voraussetzungen für eine solche Einschränkung des Unterlassungsanspruchs verneint, ist aber von Rechtsfehlern beeinflusst.

29 (1) Für die Prüfung, ob die tatsächliche Nutzung bei typisierender Betrachtung mehr stört als die in der Gemeinschaftsordnung vorgesehene, ist im Ausgangspunkt maßgeblich, welche Nutzung der Einheit nach der Gemeinschaftsordnung zulässig ist. Anders als das Berufungsgericht meint, lässt sich § 2 Nr. 9 der Teilungserklärung nicht entnehmen, dass die Einheit des Beklagten nur als Lagerraum genutzt werden darf. Seine Auslegung, die der Senat vollumfänglich überprüfen kann (vgl. Senat, Urteil vom 26.06.2020, V ZR 199/19, NJW-RR 2020, 959 Rdnr. 6 m. w. N.), lässt unberücksichtigt, dass eine Teilungserklärung, bei der zumindest unklar ist, ob sie eine Zweckbestimmung enthält, im Zweifel keine Einschränkung vorgibt (vgl. Senat, Urteil vom 08.03.2019, V ZR 330/17, NJW-RR 2019, 519 Rdnr. 19). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts geht aus der Teilungserklärung nicht mit der erforderlichen Klarheit hervor, dass die Teileigentumseinheit des Beklagten ausschließlich als Lagerraum genutzt werden darf. Hiergegen spricht insbesondere die nach § 4 Ziffer XIX dem Inhaber des Teileigentumsrechts umfassend („beliebige bauliche Veränderungen“) eingeräumte Ausbauberechtigung. Diese geht zwar einerseits nicht so weit, dass auch der Umbau zu Wohnzwecken umfasst wäre. Andererseits würde das Ausbaurecht aber weitgehend leerlaufen, wenn die Einheit nach einer baulichen Veränderung weiterhin die Eigenschaft eines Lagerraums aufweisen müsste und nur in diesem eingeschränkten Umfang genutzt werden könnte. Eine solche Auslegung liegt nicht nahe. Gegen sie spricht auch, dass sich unter § 3 Ziffer IV der Teilungserklärung

eigenständige Gebrauchsregelungen für die Wohnungseigentumseinheiten finden, während es an gesonderten Gebrauchsregelungen für die Teileigentumseinheit fehlt. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des Umstands, dass ein Grundstück mit bereits bestehenden Gebäuden aufgeteilt wurde, lässt sich die Angabe „Lagerraum“ ohne Weiteres (nächstliegend) so verstehen, dass lediglich auf die zur Zeit der Aufteilung ausgeübte Nutzung Bezug genommen wird, um zu verdeutlichen, welche Räume zu welcher Einheit gehören (vgl. Senat, Urteil vom 08.03.2019, V ZR 330/17, NJW-RR 2019, 519 Rdnr. 20; Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16, BGHZ 216, 333 Rdnr. 29).

Folglich ist in der Einheit des Beklagten jede Nutzung möglich, die in einer Teileigentumseinheit zulässigerweise ausgeübt werden kann. Bei der Vergleichsbetrachtung, ob die Nutzung der Einheit des Beklagten als Wohnung mehr stört als die nach der Teilungserklärung vorgesehene, ist daher entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht nur von einem Lagerraum auszugehen, vielmehr sind alle gewerblichen Nutzungen einzubeziehen, zu denen sich die Einheit eignet und nach der Teilungserklärung ausgebaut werden darf.

30 (2) Anders als es in dem Berufungsurteil anklingt, ist die Wohnnutzung im Vergleich zu einer gewerblichen Nutzung bei typisierender Betrachtung auch nicht regelmäßig als störender anzusehen. Dies folgt insbesondere nicht aus der Entscheidung des Senats vom 23.03.2018 zu einem sog. Ärztehaus (V ZR 307/16, NJW-RR 2018, 1227 Rdnr. 9). Dort bestand die Anlage ausschließlich aus Teileigentumseinheiten. In einem solchen Fall haben die Eigentümer ein berechtigtes Interesse daran, dass der durch die Teilungserklärung vorgegebene professionelle Charakter einer derartigen Anlage erhalten bleibt, um Konflikte, die durch eine in der Teilungserklärung nicht angelegte gemischte Nutzung hervorgerufen werden können, von vornherein zu vermeiden. Die Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken in einem nur beruflichen und gewerblichen Zwecken dienenden Gebäude stört deshalb bei typisierender Betrachtung regelmäßig mehr als die vorgesehene Nutzung (vgl. Senat, a. a. O. Rdnr. 9).

31 (3) Anders kann es sich aber verhalten, wenn die Anlage – wie hier – im Übrigen nur aus Wohnungen besteht. Es gibt keinen allgemeinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass die Wohnnutzung die intensivste Form des Gebrauchs einer Sondereigentumseinheit sei (in diesem Sinne wohl BayObLG, WM 1992, 704; WuM 1994, 222; vgl. auch BeckOGK-WEG/*Falkner*, § 14 Rdnr. 75; wie hier LG Berlin, ZMR 2019, 530 Rdnr. 13). Vielmehr kann eine Nutzung zu anderen als Wohnzwecken genauso störend oder störender als eine Wohnnutzung sein. Insbesondere muss die Nutzung einer Teileigentumseinheit bei typisierender Betrachtung nicht zwingend als auf die üblichen Geschäfts- oder Bürozeiten beschränkt anzusehen sein, sondern kann – baurechtliche Zulässigkeit vorausgesetzt – außerhalb dieser Zeiten und auch am Wochenende erfolgen, wie es etwa bei einer Gaststätte, einem Beherbergungsbetrieb, einem Call-Center, einem SB-Waschsalon, einem Sportstudio oder sog. Co-Working-Spaces nicht untypisch ist. Zugleich

werden der Publikumsverkehr und die Geruchs- und Lärmimmissionen bei einigen der genannten Nutzungen typischerweise nicht geringer sein als bei einer Wohnnutzung.

32 (4) Diese Beispiele zeigen, dass abstrakte Aussagen, wann eine Wohnnutzung anstelle einer Nutzung zu sonstigen Zwecken typischerweise mehr stört und deshalb von den übrigen Wohnungseigentümern hinzunehmen ist, nicht möglich sind. Erforderlich ist stets der Vergleich der mit der erlaubten und der tatsächlichen Nutzung in der konkreten Anlage typischerweise verbundenen Störungen (vgl. LG München I, ZMR 2016, 989 Rdnr. 37, 39; LG Berlin, ZMR 2019, 530 Rdnr. 11; LG Frankfurt a. M., ZMR 2019, 530 Rdnr. 11, 14; Bärmann/Suilmann, WEG, § 15 Rdnr. 31). Um eine Vergleichsbetrachtung zu ermöglichen, hat der Tatrichter den Gebrauch nach dessen Art und den damit verbundenen Folgen (zum Beispiel die zu erwartende Besucherfrequenz und Besucherstruktur) zu konkretisieren und zu den örtlichen Gegebenheiten (Umfeld, Lage der Räume im Gebäude, Nutzungszweck der übrigen Einheiten) und den zeitlichen Verhältnissen (zum Beispiel Öffnungszeiten) in Bezug zu setzen (LG Berlin, ZMR 2019, 530 Rdnr. 11). Da es auf die konkrete Anlage ankommt, dürfen solche Nutzungen der Teileigentumseinheit, die öffentlichrechtlich ausgeschlossen sind, als Vergleichsmaßstab bei der Bestimmung der zulässigen Nutzung nicht herangezogen werden. Störender ist die Wohnnutzung jedenfalls dann, wenn der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer im Vergleich zu einer Nutzung als Teileigentum höhere Kosten entstehen oder die Gefahr der erheblich intensiveren Nutzung von Gemeinschaftsflächen besteht (vgl. LG München I, ZMR 2016, 989 Rdnr. 39 f.).

33 c) Die Verurteilung des Beklagten, die Wohnnutzung zu unterlassen, kann deshalb keinen Bestand haben; die Berufungsentscheidung ist insoweit gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Da es keiner weiteren Feststellungen bedarf, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies hat die Abweisung der Unterlassungsklage zur Folge, da die Wohnnutzung des Beklagten bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört als die durch die Gemeinschaftsordnung zugelassene Nutzung.

34 aa) Nach der in der Gemeinschaftsordnung nicht weiter eingeschränkten Zweckbestimmung ist der Beklagte grundsätzlich zu jeder Nutzung berechtigt, die in einer Teileigentumseinheit zulässig ist. Hierzu gehören auch solche Nutzungen, die rund um die Uhr, also auch am Wochenende oder aber nachts ausgeübt werden, wie dies beispielsweise bei einem Call-Center oder SB-Waschsalon der Fall sein kann. Selbst wenn die Wohnungseigentumsanlage in einem reinen Wohngebiet liegen sollte, wovon mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts zugunsten der Klägerin auszugehen ist, wären jedenfalls kleine Betriebe des Beherbergungsgewerbes (zum Beispiel eine Pension) unter bestimmten Voraussetzungen zulässig (vgl. § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO). Vergleicht man die Wohnnutzung durch den Beklagten mit einer solchen Nutzung und den hiermit üblicherweise verbundenen Beeinträchtigungen für die übrigen Wohnungseigentümer, ist sie bei typisierender Betrachtungsweise insbesondere unter Berücksichtigung der ge-

wöhnlicherweise zu erwartenden Lärm- und Geruchsmissionen, der Besucherfrequenz und der Nutzungszeiten nicht als störender anzusehen (vgl. auch LG München I, ZMR 2016, 989; LG Berlin, ZMR 2019, 530; LG Frankfurt a. M., ZWE 2019, 279; im Ausgangspunkt auch BayObLG, NZM 2005, 263; enger noch BayObLG, WuM 1994, 222).

35 bb) Etwas anderes ergibt sich nicht im Hinblick auf höhere Kosten, die der Gemeinschaft bei einer Wohnnutzung im Vergleich zu einer Nutzung als Teileigentum möglicherweise entstehen könnten. Wie insbesondere § 4 Ziffer XVIII der Teilungserklärung zeigt, sollen die Inhaber der Wohnungseigentumsrechte und der Inhaber des Teileigentumsrechts weitgehend getrennt behandelt werden. Dies gilt nicht nur für die Gebrauchs- und Nutzungsrechte, sondern auch in Bezug auf die Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums und die sonstigen unterscheidbaren Verwaltungskosten.

36 cc) Es liegen auch keine sonstigen Umstände vor, die gegen eine Zulässigkeit der Wohnnutzung sprechen. Anders als in dem von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Urteil des Senats vom 23.03.2018 (V ZR 307/16, NJW-RR 2018, 1227 Rdnr. 9) dient das Gebäude hier nicht ausschließlich – und auch nicht teilweise, wie dies beispielsweise bei einem gemischt genutzten Gebäude mit einer Ladenzeile im Erdgeschoss und Wohnungen im Obergeschoss der Fall ist – beruflichen und gewerblichen Zwecken. Vielmehr handelt es sich bei sämtlichen übrigen Einheiten um Wohnungseigentumseinheiten. Wird bei einer solchen Anlage die einzig vorgesehene Teileigentumseinheit ebenfalls zu Wohnzwecken genutzt, können Unzuträglichkeiten, die mit einer gemischten Nutzung verbunden sind, nicht auftreten. Darüber hinaus befindet sich die Teileigentumseinheit in einem gesonderten Gebäude, so dass die Gefahr der erheblich intensiveren Nutzung von Gemeinschaftsflächen nicht besteht.

37 dd) Wie der Beklagte seine Einheit konkret nutzt, ob er also ein eher leiser oder lauter Mitbewohner ist, ist für die Vergleichsbetrachtung demgegenüber unerheblich, da es um die Auslegung einer im Grundbuch eingetragenen Erklärung geht, die eine generalisierende Betrachtungsweise gebietet (vgl. Senat, Urteil vom 25.10.2019, V ZR 271/18, BGHZ 223, 305 Rdnr. 26; LG Berlin, ZMR 2019, 530 Rdnr. 16; LG Frankfurt a. M., ZMR 2019, 714 Rdnr. 16). Dies schließt allerdings Unterlassungsansprüche gemäß § 1004 Abs. 1 BGB wegen einzelner störender Handlungsweisen des Wohnungseigentümers nicht aus (vgl. Senat, Urteil vom 13.12.2019, V ZR 203/18, NJW 2020, 1354 Rdnr. 33).

38 ee) Danach ist die Nutzung einer Teileigentumseinheit zu Wohnzwecken bei typisierender Betrachtungsweise jedenfalls dann nicht störender als die vorgesehene Nutzung und deshalb zulässig, wenn es – wie hier – an einer einschränkenden Zweckbestimmung für das Teileigentum fehlt, die Teileigentumseinheit in einem separaten Gebäude (mit getrennter Kostenregelung) gelegen ist und auch die übrigen Sondereigentumseinheiten ausschließlich der Wohnnutzung dienen.

(...)



6. Zu den Rechtsfolgen des Erlöschens eines Erbbaurechts durch Zeitablauf

KG, Beschluss vom 20.12.2021, 1 W 295/21, 1 W 298/21, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BGB § 1163

ErbbauV §§ 27, 28, 29

RHeimstG § 17

LEITSÄTZE:

- 1. Erlischt ein Erbbaurecht durch Zeitablauf, folgt daraus zugleich das Erlöschen daran lastender Grundpfandrechte. Wird darauf das Erbbaugrundbuch geschlossen, müssen dort eingetragene Belastungen des Erbbaurechts nicht gesondert gelöscht werden.**
- 2. Im Grundbuch des Grundstücks kann das Erbbaurecht nur gelöscht werden, wenn zugleich die an seine Stelle tretende Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten im Grundbuch vermerkt wird. Hat der Gläubiger einer Hypothek deren Löschung bewilligt, unterbleibt die Eintragung eines Vermerks nach § 29 ErbbauRG, wenn der Erbbauberechtigte dem zustimmt.**

AUS DEN GRÜNDEN:

11. In dem im Beschlusseingang näher bezeichneten Grundstücksgrundbuch ist seit dem 17.03.1941 in Abt. II lfd. Nr. 1 ein bis zum 31.12.1997 befristetes Erbbaurecht eingetragen, das im ebenfalls im Beschlusseingang bezeichneten Erbbaugrundbuch seit diesem Tag verzeichnet ist. Das Grundstück ist im Beitrittsgebiet nach Art. 4 des Einigungsvertrags belegen. Seit dem 26.08.1999 sind die Beteiligten zu 2 bis 12 in Erbengemeinschaft anstelle der ursprünglichen Erbbauberechtigten als solche in Abt. I lfd. Nr. 2 des Erbbaugrundbuchs eingetragen. Mindestens der Beteiligte zu 6 ist mittlerweile verstorben.

2 In Abt. III lfd. Nr. 1 des Erbbaugrundbuchs ist seit dessen Anlegung eine Hypothek für die AG in B gebucht. Deren Löschung bewilligte die Beteiligte zu 13 unter Berufung auf ihre Eigenschaft als Bewilligungsstelle im Sinne von § 113 Abs. 1 Nr. 6 GBV am 12.04.2017.

3 Am 20.08.2019 beantragte ein bevollmächtigter Vertreter zur UR-Nr. 4 xx/2(...) der N Uxx G in B(...) im Namen der Beteiligten zu 1 die Berichtigung des Grundstücksgrundbuchs mit der Maßgabe, das Erbbaurecht zu löschen, das Erbbaugrundbuch zu schließen und die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten i. H. v. 10.000 € hilfsweise unbeziffert einzutragen sowie die im Erbbaurechtsgrundbuch eingetragene Hypothek zu löschen.

4 Die Urkundsnotarin hat unter dem 21.08.2019 ihre UR-Nr. 4 xx/2(...) unter Wiederholung der vorgenannten Anträge dem Grundbuchamt zum Vollzug vorgelegt. Mit Zwischenverfügung vom 30.09.2019 hat das Grundbuchamt unter Fristsetzung darauf hingewiesen, zur Löschung der Hypothek sei die Zustimmung der Eigentümer (gemeint waren offenbar die Erbbauberechtigten) nachzuweisen.

5 Mit Verfügungen vom 30.11.2020 und 16.04.2021 hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, der Antrag auf Löschung der Hypothek sei zurückzuweisen und der Entschädigungsanspruch mangels zweifelsfreier Kenntnis aller derzeit Berechtigten derzeit nicht sicherbar. Das Grundbuchamt gab Gelegenheit zur Rücknahme der gestellten Anträge. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 23.06.2021, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 09.07.2021 nicht abgeholfen hat.

6 II. 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO.

7 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind lediglich die – inhaltsgleichen – Zwischenverfügungen des Grundbuchamts vom 30.11.2020 und 16.04.2021. Seine in der Zwischenverfügung vom 30.09.2019 aufgeführten Bedenken hat das Grundbuchamt selbst als überholt erachtet. Anstelle der dortigen Ausführungen hat es nun die in den letzten beiden Zwischenverfügungen genannten Bedenken gesetzt, auf die die Beschwerde allein eingeht.

8 2. Die Beschwerde ist begründet.

9 Steht einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegen, so hat das Grundbuchamt entweder den Antrag unter Angabe der Gründe zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen, § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO. Dabei kommt der Erlass einer Zwischenverfügung nur in Betracht, wenn der Mangel des Antrags mit auf den Zeitpunkt der Antragstellung rückwirkender Kraft geheilt werden kann (BGH, ZfIR 2021, 32). Das schließt eine Zwischenverfügung mit dem Ziel, die Antragsrücknahme zu erreichen, aus (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 18 Rdnr. 27). Eine Zwischenverfügung ist ein Mittel, um dem Eintragungsantrag zum Erfolg zu verhelfen (BayObLG, DNotZ 1993, 595, 596). Dieses Ziel kann mit der Anheimgabe einer Antragsrücknahme nicht erreicht werden.

10 Auf die Gelegenheit zur Antragsrücknahme beschränken sich aber die hier angefochtenen Zwischenverfügungen. Sie waren als solche von dem Grundbuchamt auch erlassen worden, was sich schon aus ihrer äußeren Form – Aufzeigen vermeintlicher Eintragungshindernisse, Fristsetzung und Mittel zur Hebung – ergibt. Zumindest die Verfügung vom 16.04.2021 enthält zudem eine Rechtsmittelbelehrung. Darüber hinaus hat das Grundbuchamt die Beteiligte zu 1 ausdrücklich zur Einlegung der Beschwerde aufgefordert. Dies alles geht über die Erteilung lediglicher – nicht anfechtbarer – rechtlicher Hinweise, § 139 ZPO, hinaus.

11 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat ohne Bindungswirkung für das Grundbuchamt darauf hin, dass er dessen Bedenken an den beantragten Eintragungen weitgehend nicht teilt.

12 a) Eine Eintragung im Grundbuch erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, § 19 GBO. Zur Berichtigung des Grundbuchs bedarf es der Bewilligung nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird, § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. Dann ist dem Grundbuchamt aber auch die Richtigkeit der begehrten Eintragung nachzuweisen (OLG München,

MittBayNot 2019, 144, 145). Im Rahmen des § 22 GBO darf eine unrichtige Eintragung nicht durch eine andere offenkundig unrichtige Eintragung ersetzt werden (*Demharter*, GBO, § 20, Rdnr. 37).

13 b) Ein bis zu einem bestimmt bezeichneten Zeitpunkt befristetes Erbbaurecht erlischt mit Erreichen dieses Zeitpunkts. Das Grundbuch wird damit unrichtig (BGHZ 197, 140, 142).

14 Das ist hier der Fall, was von dem Grundbuchamt auch nicht angezweifelt worden ist. Das verfahrensgegenständliche Erbbaurecht war bis zum 31.12.1997 befristet. Diese Befristung hatten die Parteien des Erbbaurechtsvertrags vom 01.12.1940 zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht und entsprechend ist es auch im Bestandsverzeichnis des Erbbaugrundbuchs eingetragen worden.

15 Die Berichtigung des Grundstücksgrundbuchs erfolgt durch Löschung des dort eingetragenen Erbbaurechts, § 46 Abs. 1 GBO. Zugleich ist das Erbbaugrundbuch von Amts wegen zu schließen, § 16 ErbbauRG.

16 aa) Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten, § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG. Die Entschädigung haftet auf dem Grundstück anstelle des Erbbaurechts und mit dessen Rang, § 28 ErbbauRG. Insofern tritt kraft Gesetzes eine dingliche Surrogation ein. Allein die Löschung des Erbbaurechts im Grundbuch genügt deshalb zur Berichtigung nicht aus; das Grundbuch würde die rechtlichen Verhältnisse an dem Grundstück noch nicht zutreffend wiedergeben, es bliebe unrichtig. Ein aufgrund Zeitablaufs erloschenes Erbbaurecht darf deshalb im Grundbuch nur gelöscht werden, wenn zugleich die Entschädigungsforderung eingetragen wird (BGHZ, a. a. O., 145; OLG München, MittBayNot 2019, 144, 145; Senat, Beschluss vom 04.12.2018, 1 W 369-370/18, MittBayNot 2019, 341, 342).

17 Ein Entschädigungsanspruch ist vorliegend nicht ausgeschlossen worden, § 27 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG. Vielmehr haben die Parteien des Erbbaurechtsvertrags ausdrücklich einen solchen Entschädigungsanspruch der Erbbauberechtigten vereinbart, § 11 Abs. 2 Satz 1, und zum Gegenstand des Erbbaurechts gemacht, § 15 Abs. 1 Satz 1.

18 Die Beteiligte hat auch die Eintragung eines Entschädigungsanspruchs beantragt. Dem steht nicht entgegen, dass Gläubigerin dieses Anspruchs nicht mehr die Erben-gemeinschaft in ihrer im Grundbuch verlautbarten Zusammensetzung sein kann, weil mindestens einer der Miterben zwischenzeitlich verstorben ist und dessen an seine Stelle getretenen Erben noch nicht bekannt sind. Da das Grundbuch dazu bestimmt ist, über die Person des Berechtigten Auskunft zu geben, muss die namentliche Eintragung der (Nach-)Erben gefordert werden, wo sie zu erreichen ist (BGH, Urteil vom 13.07.1960, V ZR 666/59, BeckRS 1960, 55). Darum geht es vorliegend aber nicht. Mit dem Erlöschen des Erbbaurechts tritt der Entschädigungsanspruch als Surrogat an dessen Stelle. Dazu ist keine Neueintragung des Rechts nötig, vielmehr kann die Berichtigung mittels eines Umschreibungsvermerks bei dem bisher gebuchten

Erbbaurecht erfolgen (OLG Hamm, DNotZ 2007, 750, 752; Meikel/Schneider, GBV, 11. Aufl., § 56 Rdnr. 39). Das erfordert – zunächst – keine Veränderung der bereits namentlich in Spalte 5 zur lfd. Nr. 1 der Abt. II im Grundbuch bezeichneten Miterben.

19 Auch wenn hier der aus dem Erlöschen des Erbbaurechts folgende Entschädigungsanspruch dem Grunde nach nicht zweifelhaft ist, fehlt es bislang an geeigneten, § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO, Nachweisen zu dessen Höhe. Solche Nachweise sind hier aber erforderlich, weil die Beteiligten zu 1 mit ihrem Hauptantrag die einzutragende Entschädigungsforderung mit 10.000 € konkret beziffert hat. Wie sie diese Summe errechnet hat, ist hingegen nicht ersichtlich und von der Beteiligten zu 1 bislang auch selbst nicht erläutert worden. Im Rahmen der Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO kann die Eintragung jedoch nicht ohne Nachweis erfolgen, dass die von der Beteiligten zu 1 genannte Summe auch zutreffend ist.

20 Sollte der Beteiligten zu 1 der Nachweis nicht gelingen, bestünde noch die Möglichkeit der Berichtigung ohne Bezifferung der Entschädigungsforderung (BGHZ, a. a. O., 145 f.), wie dies die Beteiligte zu 1 hilfsweise bereits beantragt hat (hierzu BayObLGZ 1995, 153, 157; Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 8).

21 bb) Mit Erlöschen des Erbbaurechts werden dessen Bestandteile zu solchen des Grundstücks, § 12 Abs. 3 ErbbauRG. Damit scheidet insbesondere das Bauwerk, § 1 Abs. 1 ErbbauRG, aus der Haftung für Belastungen des Erbbaurechts aus. Am Erbbaurecht bestehende dingliche Rechte gehen unter, weil das belastete Haftungsobjekt erloschen ist (Staudinger/Rapp, Neub. 2021, § 29 ErbbauRG Rdnr. 2).

22 Der gesonderten Löschung dieser Rechte im Erbbaugrundbuch bedarf es allerdings nicht (BeckOGK-BGB/Toussaint, 2021, § 16 ErbbauRG Rdnr. 4). Das erloschene Erbbaurecht ist im Grundstücksgrundbuch zu löschen, § 46 Abs. 1 GBO. Dies ist in Spalte 8 des Erbbaugrundbuchs zu vermerken, § 56 Abs. 6 GBV. Dann wird das Erbbaugrundbuch von Amts wegen geschlossen, § 16 ErbbauRG. Das erfolgt mittels Durchkreuzens sämtlicher Eintragungen enthaltender Seiten des Blattes und der Fertigung eines Schließungsvermerks, §§ 54, 36 GBV. Von dieser Schließung werden auch die im Erbbaugrundbuch – noch – eingetragenen Belastungen des Erbbaurechts erfasst.

23 Das Erbbaurecht war im Zeitpunkt seines Erlöschens mit einer Hypothek belastet, die folglich mit dem Erbbaurecht erloschen ist. Der auf die – gesonderte – Löschung dieser Hypothek gerichtete Antrag geht nach den voranstehenden Ausführungen somit ins Leere (vgl. OLG Hamm, NJOZ 2018, 806, 808; MünchKomm-BGB/Heinemann, 8. Aufl., § 29 ErbbauRG Rdnr. 1). Ebenso stellt sich aber auch nicht die Frage, ob die Erbbaurechtsberechtigten der Löschung zustimmen hätten, wie das Grundbuchamt noch in seiner Zwischenverfügung vom 30.09.2019 – die nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist – der Auffassung war. Für eine Anwendung des § 27 GBO ist jedenfalls in diesem Zusammenhang kein Raum.

24 cc) Hingegen ist die Löschungsbewilligung der Beteiligten zu 13 für den Vollzug der angestrebten Grundbuchberichtigung dennoch nicht ohne Belang.

25 (1) Ist das Erbbaurecht bei Ablauf der Zeit, für die es bestellt war, noch mit einer Hypothek belastet, so hat der Gläubiger der Hypothek an dem Entschädigungsanspruch nach § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG dieselben Rechte, die ihm im Falle des Erlöschens seines Rechtes durch Zwangsversteigerung an dem Erlös zustehen, § 29 ErbbauRG.

26 Der Hypothekengläubiger erwirbt eine Art Pfandrecht an dem Entschädigungsanspruch des Erbbauberechtigten, dessen materiellrechtlicher Inhalt sich aber weiterhin nach den vor dem Erlöschen der Sicherung am Erbbaurecht gültigen Vorschriften richtet mit den sich aus der Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs anstelle des Grundstücks als Haftungsobjekt folgenden Besonderheiten (BeckOGK-BGB/*Toussaint*, § 29 Rdnr. 11; MünchKomm-BGB/*Heinemann*, § 29 ErbbauRG Rdnr. 3). Für das anstelle der erloschenen Hypothek getretene Recht der Gläubigerin finden also weiterhin grundsätzlich die §§ 1113 ff. BGB Anwendung (vgl. RGZ 88, 300, 304; *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, 7. Aufl., § 5 Rdnr. 245).

27 (2) Zur Sicherung dieses Pfandrechts und zum Schutz des Gläubigers vor einem gutgläubigen, insoweit lastenfreien Erwerb hat das Grundbuchamt im Zusammenhang mit der Löschung des Erbbaugrundbuchs und der Eintragung eines Umschreibungsvermerks bezogen auf die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten hier im Rahmen eines weiteren Vermerks die Rechte der Gläubiger nach § 29 ErbbauRG einzutragen (*Meikel/Schneider*, GBV, § 56 Rdnr. 40; MünchKomm-BGB/*Heinemann*, § 29 ErbbauRG Rdnr. 21).

28 Die Eintragung eines Vermerks nach § 29 ErbbauRG kann dann unterbleiben, wenn der Gläubiger bereits die Löschung des Grundpfandrechts bewilligt hatte (*Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 251). Das gilt aber nur, wenn entweder der Erbbauberechtigte dieser Verfahrensweise zustimmt, § 27 Satz 1 GBO, oder das Grundbuch durch die Eintragung des Vermerks nachweislich unrichtig würde, § 27 Satz 2 GBO.

29 (aa) Die Zustimmung des Erbbauberechtigten, § 27 Satz 1 GBO, ist wegen der weiterhin anwendbaren Vorschriften des materiellen Hypothekenrechts auf die Forderung aus § 29 ErbbauRG erforderlich. § 27 Satz 1 GBO dient dem Schutz des Schuldners, dem ein außerhalb des Grundbuchs entstandenes Eigentümergrundpfandrecht nicht ohne seine Zustimmung genommen werden soll (BGH, FGPrax 2012, 145). Ein solches Eigentümergrundpfandrecht ist im Fall der Hypothek nicht von vornherein ausgeschlossen, § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. Zustimmung müssten alle Miterben bzw. deren Rechtsnachfolger (OLG Hamm, FamRZ 2014, 1326).

30 (bb) Die Löschung des Erbbaurechts ohne einen Vermerk nach § 29 ErbbauRG käme auch in Betracht, wenn die Entstehung eines Eigentümergrundpfandrechts ausgeschlossen wäre. Dann bedürfte es nicht der Zustimmung der erbbauberechtigten Erbengemeinschaft (vgl. KEHE-

Grundbuchrecht/*Munzig*, 8. Aufl., § 27 GBO Rdnr. 7). Allerdings ginge in diesem Fall auch die Bewilligung der Beteiligten zu 13 insoweit ins Leere.

31 Das Erbbaurecht ist ursprünglich als Reichsheimstätte ausgegeben und die Eintragung eines entsprechenden Vermerks im Grundbuch bewilligt worden, § 1 Abs. 4, § 20 A. 2. Erbbau-Heimstättenvertrag vom 01.12.1940. Eine solche Heimstätte konnte nur mit bestimmten Hypotheken- und Grundschulden belastet werden, § 17 Abs. 2 Satz 1 RHeimStG. § 1163 BGB fand mit der Maßgabe Anwendung, dass mit dem Erlöschen der Forderung auch die Hypothek oder die Grundschuld erlosch, § 17 Abs. 2 Satz 2 RHeimStG.

32 Zwar ist das RHeimStG hier bereits zum 01.01.1976 außer Kraft getreten, § 15 Abs. 2 Nr. 13 Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19.6.1975 (EGZGB, GBl./DDR I, S. 517). Eine Übergangsregelung, wie sie später bei Aufhebung des RHeimStG im übrigen Bundesgebiet getroffen worden ist, Art. 6 § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 3 RHeimStGAufhG, gab es bei Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches der DDR – zum 01.01.1976, § 1 EGZGB – nicht.

33 War am 01.01.1976 aber die der Hypothek zugrunde liegende Forderung erfüllt, so war auch die Hypothek erloschen, § 17 Abs. 2 Satz 2 RHeimStG. Kann die Beteiligte dies mit den im Grundbuchverfahren nur beschränkt zulässigen Mitteln, § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO, nachweisen – ggf. durch eine löschungsfähige Quittung der Beteiligten zu 13 (vgl. *Demharter*, GBO, § 27, Rdnr. 21 ff.) –, wäre die Eintragung eines Vermerks nach § 29 ErbbauRG ausgeschlossen und die Zustimmung der Beteiligten zu 2 bis 12 bzw. ihrer Rechtsnachfolger nach § 27 GBO nicht erforderlich.

34 Vor Erlass einer entsprechenden Zwischenverfügung wird das Grundbuchamt noch die Grundakten (im Original) von B(...)-B(...) Band 1 xx Blatt 4(...) (ggf. Blatt 4(...), (...)) und von Marzahn Blatt 0(...) beizuziehen haben, um die Entwicklung der betroffenen Rechte vollständig nachvollziehen zu können.

7. Löschungserleichterungsklausel – Tod des längerlebenden Gesellschafters als Ereignis für die zeitliche Beendigung eines zugunsten einer GbR bestellten Nießbrauchsrechts

OLG Dresden, Beschluss vom 10.02.2021, 17 W 73/21

BGB §§ 566, 1056, 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 5
GBO § 23 Abs. 1 und 2, § 24

LEITSÄTZE:

- Auch wenn Berechtigte eines Nießbrauchsrechts eine rechtsfähige Gesellschaft (hier: Außen-GbR) ist, kann nicht nur das Erlöschen der Berechtigten, sondern auch ein anderes bestimmtes Ereignis (hier: Tod des Längerlebenden der beiden namentlich bezeich-**

neten aktuellen Gesellschafter) für die Befristung des Rechts und damit für die hierauf aufbauende Löschungserleichterungsklausel im Sinne von § 23 Abs. 2 GBO in Verbindung mit § 24 GBO bestimmt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

2. Ein Überlassungsvertrag bedarf nicht deshalb der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB, weil der minderjährige Erwerber nach den gesetzlichen Regelungen in bestehenden Mietverhältnisse bei Erlöschen des Nießbrauchsrechts (§ 1056 Abs. 1, § 566 BGB) eintritt und auf diese Rechtsfolge in der Überlassungsurkunde hingewiesen wird; hierbei handelt es sich nicht um eine vertraglich zu erbringende Gegenleistung des minderjährigen Erwerbers, sondern um die gesetzliche Folge des Eigentumserwerbs. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beschwerde richtet sich gegen eine Zwischenverfügung, mit der das Grundbuchamt Leipzig Hindernisse im Hinblick auf die Eintragung eines Eigentumswechsels und eines Nießbrauchsrechts aufgezeigt hat.

2 Mit notarieller Urkunde vom 09.12.2019 (UR-Nr. W 1912/2019 des Notars [...] mit Sitz in [...]) überließen die Beteiligten zu 1 und 2 unentgeltlich im Wege der Schenkung den Beteiligten zu 3 bis 5, ihren minderjährigen Enkelkindern, verschiedenen Grundbesitz. Dieser Grundbesitz ist in Ziffer I. 1. bis I. 3. der Urkunde aufgeführt: der unter I. 1. genannte Grundbesitz ist in der Gemarkung Brandenburg an der Havel gelegen, gehört der Beteiligten zu 2 allein und wurde dem Beteiligten zu 3 überlassen (hier mithin nicht verfahrensgegenständlich); der unter I. 2. genannte Grundbesitz – Grundbuch von Seehausen, Blatt 534 – steht im Alleineigentum des Beteiligten zu 1 und wurde der Beteiligten zu 4 übertragen; der unter Ziffer I. 3. genannte Grundbesitz – Grundbuch von Seehausen, Blatt 521 – steht im Eigentum einer von den Beteiligten zu 1 und 2 gebildeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts und wurde der Beteiligten zu 5 überlassen. Gemäß Ziffer III. der Urkunde behielten sich die übertragenden Beteiligten zu 1 und 2 jeweils den Nießbrauch an dem bezeichneten Grundbesitz auf Lebensdauer vor. Die Eintragung der Nießbrauchsrechte soll mit dem Vermerk erfolgen, dass zur Löschung des Rechts der Nachweis des Ablebens des jeweiligen Berechtigten genügt. Speziell im Hinblick auf die Übertragung des auf Blatt 521 verzeichneten Grundbesitzes heißt es:

„3. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (...) bestehend aus den Gesellschaftern (...) behält sich auf die Lebensdauer des Längerlebenden der beiden heutigen Gesellschafter den Nießbrauch an dem in Ziffer I. 3. näher bezeichneten Grundbesitz vor. (...)

Die Eintragung des Nießbrauchsrechts für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (...) bestehend aus (...) in das Grundbuch wird bewilligt und beantragt (...) mit dem Vermerk, dass zur Löschung des Rechts der Nachweis des Ablebens der beiden heutigen Gesellschafter genügt. (...)

3 Unter Ziffer IV. (3. Absatz) der Urkunde heißt es:

„Jeder Vertragsgegenstand ist vermietet. Jeder Erwerber tritt in das jeweilige, dann bestehende Mietverhältnis mit dem Tag des Endes des oder der jeweiligen Nießbrauchsrechte ein. Auf § 1056 BGB wurde hingewiesen.“

4 Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Urkundeninhalt Bezug genommen. Die Enkelkinder wurden anlässlich der Beurkundung von einem hierfür gerichtlich bestellten Ergänzungspfleger vertreten.

5 Der beurkundende Notar und die Notariatsverwalterin beantragten die Eintragung des Eigentumswechsels und der Nießbrauchsrechte.

6 Hierauf erließ das Grundbuchamt am 22.06.2020 eine Zwischenverfügung und teilte darin folgende Eintragungshindernisse mit: Im Hinblick auf das auf Blatt 521 verzeichnete Grundstück sei einziger Berechtigter des Nießbrauchs die GbR und nicht die jetzigen Gesellschafter. Die vereinbarte Löschungserleichterungsklausel sei problematisch, weil Miteigentumsanteile an der GbR außerhalb des Grundbuchs übergehen könnten, sodass sich die Zahl der Gesellschafter erhöhe bzw. eine Fortführungsklausel im Gesellschaftsvertrag vereinbart sei und die Gesellschaft trotz Todes der jetzigen Gesellschafter weiterbestehe. Andererseits könne die GbR mit dem Tod des Erstversterbenden bereits aufgelöst sein, wenn die Eheleute einzige Gesellschafter blieben. Um Berichtigung gemäß §§ 13, 19, 29 GBO werde gebeten.

7 Darüber hinaus sei die familiengerichtliche Genehmigung in der Form des § 29 GBO vorzulegen. Die Übertragung auf die minderjährigen Enkelkinder sei nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil mit dem Erwerb eines vermieteten Grundstücks eine persönliche Haftung verbunden sei. Übernahme das Mündel persönliche Lasten, sei der schenkungsweise Erwerb gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB genehmigungspflichtig.

8 Nach Schriftwechsel mit der Notariatsverwalterin erläuterte das Grundbuchamt mit weiterem Schreiben vom 08.10.2020, die Löschungserleichterungsklausel nach § 23 GBO stelle auf die Lebensdauer des Berechtigten – hier die GbR – ab. Dies bedeute, dass sich diese nicht auf die Gesellschafter beziehen dürfe, sondern auf das Bestehen der GbR.

9 Nach weiterem Schriftwechsel zwischen der Notariatsverwalterin und dem Grundbuchamt nahm der jetzige Verfahrensbevollmächtigte, (...) unter dem 11.11.2020 zur Zwischenverfügung Stellung. Nach § 23 Abs. 2 GBO könne ein auf die Lebensdauer einer Person beschränktes Recht wie der Nießbrauch ohne Fristablauf oder Bewilligung gelöscht werden, wenn im Grundbuch der Vermerk eingetragen sei, dass zur Löschung des Rechts der Nachweis des Ablebens des Berechtigten genüge. Entsprechendes gelte nach § 24 GBO, wenn das Recht mit dem Eintritt eines sonstigen bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses erlösche. Dies sei hier der Fall. Das Recht sei auf die Lebensdauer des Längerlebenden der Ehegatten (...) beschränkt. Der Tod des



Längerlebenden sei ein bestimmtes Ereignis. Es komme weder darauf an, ob die GbR zu diesem Zeitpunkt noch bestehe, noch darauf, ob die Ehegatten dann die einzigen oder ob sie überhaupt noch Gesellschafter seien. Das Recht solle hier gerade nicht auf das Bestehen der GbR beschränkt werden.

10 Auch sei keine familiengerichtliche Genehmigung vorzulegen. Das Grundbuchamt verwechsle die Frage des „nicht lediglich rechtlichen Vorteils“ mit der Frage, ob eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich sei. § 1821 Abs. 1 BGB knüpfe nicht an den lediglich rechtlichen Vorteil an. Der Erwerb unter Nießbrauchsvorbehalt sei kein entgeltlicher Erwerb, auch kein teilentgeltlicher, sondern eine Schenkung unter Auflage. § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB sei daher nicht einschlägig.

11 Mit Schreiben vom 21.12.2020 teilte das Grundbuchamt mit, es halte an seiner Rechtsansicht fest. Unentgeltlich sei nach dem Zweck des § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB nur eine solche Schenkung, die das anderweitige Vermögen nicht berühre, denn nur dann bedürfe der Minderjährige keines Schutzes. Hierauf entgegnete der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten mit weiterem Schreiben vom 04.01.2021, dass der Umstand, dass das Geschäft für die Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei, den Einsatz des Ergänzungspflegers erforderlich gemacht habe. Dies bedeute aber nicht, dass es sich um einen entgeltlichen Erwerb im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB handle. Halte das Grundbuchamt an seiner Auffassung fest, solle der gegenwärtige Schriftsatz als Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 22.06.2020 behandelt werden.

12 Mit Entscheidung vom 29.01.2021 half das Grundbuchamt der Beschwerde gegen die Zwischenverfügung nicht ab und legte die Sache zur Entscheidung dem OLG Dresden als Beschwerdegericht vor.

13 II. Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Zwischenverfügung des Grundbuchamts.

14 1. Zur Vorlöschungsklausel für das Nießbrauchsrecht der GbR:

15 a) Das Beschwerdegericht lässt dahinstehen, ob die Zwischenverfügung des Grundbuchamts in diesem Punkt bereits deshalb aufzuheben ist, weil sie die falsche Entscheidungsart darstellt. Eine Zwischenverfügung nach § 18 GBO darf allein dann getroffen werden, wenn sich das darin aufgezeigte Eintragungshindernis mit rückwirkender Kraft beseitigen lässt. Hier wird mit der Zwischenverfügung Berichtigung gemäß §§ 13, 19, 29 GBO verlangt. Unter Berücksichtigung der Erläuterung des Grundbuchamtes in seinem Schreiben vom 08.10.2020 versteht der Senat die Aufforderung zur Berichtigung dahin, dass die Vorlöschungsklausel deshalb nicht mit dem gewünschten Inhalt eintragbar sei, weil diese nicht auf das Erlöschen der Gesellschaft abstelle. Hiervon ausgehend verlangt das Grundbuchamt also eine andere vertragliche Regelung und damit eine neue Eintragungsgrundlage. Hierauf aufbauend hätte es den Eintragungsantrag sofort zurückweisen müssen.

16 Letztlich kann dies unentschieden bleiben, denn das angenommene Eintragungshindernis besteht nicht.

17 b) Entgegen der Ansicht des Grundbuchamtes kann die Vorlöschungsklausel mit dem gewünschten Inhalt eingetragen werden.

18 Gemäß § 23 Abs. 1 GBO kann ein Recht, das auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist, innerhalb einer Frist von einem Jahr nach dem Tod des Berechtigten nur mit Bewilligung des Rechtsnachfolgers des Berechtigten gelöscht werden, wenn bei dem Recht Rückstände nicht ausgeschlossen sind. Die Bewilligung ist nach § 23 Abs. 2 GBO entbehrlich, wenn ein sog. Löschungserleichterungsvermerk – Vorlöschungsklausel – im Grundbuch eingetragen ist. In diesem Fall reicht der Nachweis des Todes des Berechtigten auch dann aus, wenn aus dem Recht Rückstände möglich sind. Diese Vorgaben sind nach § 24 GBO entsprechend anzuwenden, wenn das Recht mit der Erreichung eines bestimmten Lebensalters des Berechtigten oder mit dem Eintritt eines sonstigen bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses erlischt. Die Vorlöschungsklausel gemäß § 23 Abs. 2 i. V. m. § 24 GBO erleichtert mithin die Löschung des Rechts, indem nur das sonstige Ereignis für die zeitliche Beendigung des Rechts nachgewiesen werden muss.

19 Hier soll einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Nießbrauchsrecht eingeräumt werden. Dem Grundbuchamt ist zwar darin beizupflichten, dass der Nießbrauch einer rechtsfähigen Gesellschaft grundsätzlich mit Erlöschen der Gesellschaft erlischt. Die Beteiligten haben jedoch eine hiervon abweichende zeitliche Beschränkung vorgesehen. Denn nach dem Überlassungsvertrag wird der Nießbrauch der Gesellschaft lediglich auf die Lebensdauer der namentlich benannten Beteiligten zu 1 und 2 vorbehalten. Das Nießbrauchsrecht erlischt danach mit dem Tod des Längerlebenden der beiden heutigen Gesellschafter, der Beteiligten zu 1 und 2. Das Recht der Gesellschaft ist so zeitlich beschränkt; es erlischt mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses, nämlich mit dem Tod des von den Beteiligten zu 1 und 2 Längerlebenden. Um die Löschung zu erreichen, muss mithin nur der Tod der Beteiligten zu 1 und 2 nachgewiesen werden.

20 Ein Grund dafür, warum als Ereignis für die zeitliche Beendigung allein das Erlöschen des Berechtigten, hier der GbR, in Betracht kommen soll, ist – unter Berücksichtigung von § 24 GBO – nicht ersichtlich. Auch wenn Berechtigter eine rechtsfähige Gesellschaft ist, kann ein anderes bestimmtes Ereignis als das Erlöschen des Berechtigten für die Befristung des Rechts und damit auch für die hierauf aufbauende Löschungserleichterungsklausel bestimmt werden. Dass der Tod des längerlebenden heutigen Gesellschafters als ein solches Ereignis gewählt wird, ist nicht zu beanstanden. Ferner sind beim Nießbrauch auch Rückstände des eingetragenen Rechts möglich, sodass die Voraussetzungen für die Eintragung der begehrten Vorlöschungsklausel erfüllt sind (zu Rückständen beim Nießbrauch BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 01.01.2020, § 23 Rdnr. 8; zum Ganzen Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 376).

21 2. Zur familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB:

22 Auch dieses vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Der Vorlage einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf es nicht.

23 Ein Genehmigungserfordernis ergibt sich nicht aus § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB. Danach bedarf der Genehmigung ein Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks gerichtet ist. Entgeltlich ist der Erwerb, wenn er in Abhängigkeit von einer Gegenleistung erfolgt. Auf die Art der Gegenleistung kommt es nicht an. Die Übernahme von Verbindlichkeiten oder der persönlichen Haftung kann die Entgeltlichkeit bedingen. Entscheidend ist, ob nach dem Inhalt des Vertrages eine über den erlangten Erwerbswert hinausgehende persönlich verpflichtende Gegenleistung übernommen wird. So führt zur Annahme teilweiser Entgeltlichkeit, wenn sich der Erwerber vertraglich verpflichtet, den Veräußerer von sämtlichen Verpflichtungen aus einem Mietverhältnis freizustellen. Enthält der Schenkungsvertrag allerdings lediglich die Klausel, ein bestehender Mietvertrag werde übernommen, so ist dies der bloße deklaratorische Hinweis auf das Bestehen eines Mietvertrages, in den der Erwerber kraft Gesetzes nach § 566 BGB einzutreten hat. Eine rechtsgeschäftliche Begründung von Rechten und Pflichten liegt in dieser Klausel nicht, weshalb eine solche auch nicht zur Annahme einer Teilentgeltlichkeit führt. Ebenso bringt der Schenkungsvertrag, der den Hinweis enthält, der Beschenkte trete mit der Beendigung des Nießbrauchs in die bestehenden Mietverhältnisse ein, lediglich zum Ausdruck, dass die Vertragsbeteiligten es bei den gesetzlichen Regelungen – §§ 1056, 566 BGB – belassen wollen. Bei dem Eintritt in die Mietverhältnisse handelt es sich dann nicht um eine vertraglich zu erbringende Gegenleistung, sondern um die gesetzliche Folge des Eigentumserwerbs. Genehmigungspflichtig ist mithin allein die Vereinbarung einer über den gesetzlichen Vertragseintritt hinausgehenden oder von diesem unabhängigen rechtsgeschäftlichen Verpflichtung (OLG Düsseldorf, FamRZ 2017, 1217; Staudinger/*Veit*, Neub. 2020, § 1821 Rdnr. 84, 90; jurisPK-BGB/*Lafontaine*, Stand: 15.10.2019, § 1821 Rdnr. 78 ff.).

24 Hier enthält die notarielle Urkunde unter Ziffer IV. 3. Absatz Satz 1 lediglich die Feststellung, dass die beschenkten Enkelkinder mit der Beendigung des Nießbrauchs in die bestehenden Mietverhältnisse eintreten. Im folgenden Satz 2 heißt es erläuternd, auf die gesetzliche Regelung des § 1056 BGB sei hingewiesen worden. Die Vertragsbeteiligten haben es damit ersichtlich bei der gesetzlichen Regelung belassen wollen. Weitergehende Verbindlichkeiten als die gesetzlich vorgesehenen sollten nicht bestimmt werden und wurden nicht bestimmt. Die Urkundsbeteiligten selbst haben den Eintritt in die Mietverhältnisse nicht als vertraglich zu erbringende Gegenleistung, sondern als gesetzliche Folge des Eigentumserwerbs verstanden. Auf dieser Grundlage kann der Eintritt nicht als Gegenleistung qualifiziert werden (so auch OLG Hamm, ZEV 2014, 556, juris Rdnr. 10).

25 Anderweitige Verpflichtungen der Enkelkinder sieht die Erwerbsurkunde nicht vor. Für den Nießbrauch gelten die gesetzlichen Bestimmungen, wobei der Nießbraucher auch die außergewöhnlichen Erhaltungskosten und die einmaligen öffentlichen Abgaben zu tragen hat. Verbindlichkeiten für die Erwerber sind hiermit nicht verbunden.

26 Die vom Grundbuchamt angeführte Entscheidung des BGH (V ZB 44/04) steht dem hier gefundenen Ergebnis nicht entgegen; in dieser wird allein die Bestellung eines Ergänzungspflegers – hier erfolgt – verlangt. Das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung wird darin nicht aufgestellt.

27 Das Erfordernis einer solchen ergibt sich im Übrigen auch nicht aus § 1643 Abs. 1, § 1822 BGB. § 1822 Nr. 5 BGB ist nicht anwendbar, weil für die Enkelkinder ein Mietverhältnis nicht rechtsgeschäftlich begründet wurde, sondern lediglich auf den nach gesetzlichen Regelungen (§ 1056 Abs. 1, § 566 BGB) bestimmten Eintritt in die Mietverhältnisse bei Erlöschen des Nießbrauchs hingewiesen wird. Gleichermaßen kommt eine Anwendung von § 1822 Nr. 10 BGB nicht in Betracht (BGH, FamRZ 1983, 371, juris Rdnr. 16; OLG Hamm, a. a. O., juris Rdnr. 8).

28 Schließlich schützt § 1821 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BGB nur das dem Minderjährigen bereits gehörende Grundvermögen und findet auf Belastungen, die im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks erfolgen, keine Anwendung (BGH, FamRZ 1998, 24).

29 III. Kosten- und Wertentscheide sind nicht veranlasst.

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

8. Gemeinschaftliche Volljährigenadoption durch ein Ehepaar

BGH, Beschluss vom 11.08.2021, XII ZB 18/21 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 07.12.2020, 16 UF 728/20)

BGB § 1741 Abs. 2 Satz 2, § 1753 Abs. 2, § 1767 Abs. 2

LEITSATZ:

Auch im Fall der Volljährigenadoption kann ein Ehepaar den Anzunehmenden – abgesehen von den Ausnahmen des § 1741 Abs. 2 Satz 3 und 4 BGB sowie des § 1766a Abs. 3 BGB – nur gemeinschaftlich annehmen, was verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2022, 136.

9. Sittenwidrigkeit eines nach der Heirat geschlossenen Ehevertrages eines gemischt-nationalen Ehepaares

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 31.03.2021, 5 UF 125/20

BGB § 138 Abs. 1, § 1408

GG Art. 6 Abs. 1

LEITSATZ:

Dass ein Ehevertrag erst mehrere Monate nach der Heirat geschlossen wird, steht dessen Beurteilung als sittenwidrig aufgrund einer Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände nicht grundsätzlich entgegen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die beteiligten, zwischenzeitlich rechtskräftig geschiedenen, Ehegatten streiten um die Folgesachen Zugewinnausgleich und nachehelichen Unterhalt.

2 Der Antragsteller ist Deutscher, die Antragsgegnerin, die (nur) die weißrussische Staatsangehörigkeit hat, lebte in Weißrussland, sie ist studierte Physikerin. Die Beteiligten fanden über eine Kontaktanzeige zueinander. Im Sommer 2002 hielt sich die Antragsgegnerin mit ihrem 1998 geborenen Sohn aus einer anderen Beziehung erstmals beim Antragsteller mehrere Monate in Deutschland auf. Im Januar 2003 zogen sie und ihr Sohn endgültig zum Antragsteller nach Deutschland um.

3 Die Beteiligten heirateten am 19.12.2003. Zu diesem Zeitpunkt war der Antragsteller 50 Jahre alt, die Antragsgegnerin fast 39 Jahre. Der Antragsteller hat aus erster, kurz vor der Heirat mit der Antragsgegnerin geschiedener Ehe zwei schon damals erwachsene Kinder.

4 Am 17.03.2004 schlossen die Ehegatten einen ersten notariellen Ehe- und Erbvertrag. Im eherechtlichen Teil finden sich folgende Regelungen:

„Für unsere Ehe schließen wir den gesetzlichen Güterstand aus und vereinbaren den Güterstand der Gütertrennung gemäß § 1414 BGB.

1. Im Fall einer Ehescheidung soll jedoch derjenige Ehegatte, der im letzten Jahr vor der Scheidung ein geringeres Jahreseinkommen hatte als der andere von dem mehrverdienenden einen Betrag von 2.000 € erhalten, der bei Rechtskraft der Scheidung zu zahlen ist.

2. Wir schließen den Versorgungsausgleich teilweise dahin gehend aus, dass die in der Ehezeit bis zur Einbürgerung der Ehefrau erworbenen Versorgungsansparungen nicht auszugleichen sind.

Auf die Vorschrift des § 1408 Abs. 2 wurde hingewiesen.

3. Sollte unsere Ehe binnen einer Frist, von drei Jahren an, vom heutigen Tag an gerechnet, geschieden werden, verzichten wir auf nachehelichen Unterhalt und nehmen den Verzicht jeweils an.“

5 Der Antragsteller setzte außerdem die Antragsgegnerin erbvertraglich zu einem Drittel als seine Erbin ein.

6 Die im Vertrag angesprochene Einbürgerung der Antragsgegnerin erfolgte bislang nicht. Die Antragsgegnerin war damals ohne eigenes Erwerbseinkommen, besuchte einen Sprachkurs und war arbeitssuchend gemeldet. Nach einem in 2009 aufgenommenen sechsmonatigen Praktikum fand die Antragsgegnerin ab Mai 2010 Arbeit als Physikerin mit einem nach Klasse V besteuerten Nettoeinkommen in Höhe von monatlich € 1.400 €, seit 2011 ist sie stellvertretende Laborleiterin in einem Unternehmen und verdient nach eigenen Angaben netto knapp über 2.000 €.

7 Am 15.03.2013 schlossen die Ehegatten wiederum notariell unter Bezugnahme auf den früheren Ehe- und Erbvertrag einen Änderungsvertrag, in dem jeweils für den Fall der Scheidung nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG der Versorgungsausgleich für die gesamte Ehezeit völlig ausgeschlossen und auf nachehelichen Unterhalt vollständig verzichtet wurde. Außerdem wurden die erbvertragliche Erbinsetzung der Antragsgegnerin aufgehoben und ihr stattdessen ein Betrag von 5.000 € sowie ein Wohnrecht für die Dauer von sechs Monaten im Hause des Antragstellers jeweils vermächtnisweise zugewandt.

8 Die Ehegatten trennten sich 2018.

9 Mit Schriftsatz vom 18.12.2019 beantragte der Antragsteller die Scheidung der Ehe, die Zustellung erfolgte am 27.12.2019. Die Antragsgegnerin machte zunächst geltend, der Scheidungsantrag sei verfrüht, beantragte dann mit Datum vom 17.02.2020 ebenfalls die Scheidung.

10 Mit Schriftsatz vom 13.02.2020 stellte die Antragsgegnerin einen Stufenantrag zum Zugewinn.

11 Mit dem hinsichtlich des Ausspruchs zum Versorgungsausgleich und zum Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns teilweise angefochtenen Beschluss hat das Familiengericht die Ehe geschieden sowie ausgesprochen, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet, der Antrag der Antragsgegnerin in der Folgesache Güterrecht werde zurückgewiesen. Zur Begründung führte es aus, dass beide Eheverträge wirksam seien.

12 Die Antragsgegnerin macht mit ihrer Beschwerde geltend, dass wegen ungleicher Verhandlungspositionen die Notarverträge unwirksam seien.

13 Die Antragsgegnerin beantragt, in Abänderung des Beschlusses vom 29.05.2020 wie folgt zu erkennen:

1. Ein Versorgungsausgleich findet von Gesetzes wegen statt.

2. Der Antragsteller wird verpflichtet, der Antragsgegnerin Auskunft zu erteilen a) über den Bestand des Endvermögens zum 27.12.2019,

b) über den Bestand des Anfangsvermögens zum 19.12.2013,

c) über unentgeltliche Zuwendungen, welche er nach Eintritt des Güterstandes gemacht hat.

3. Den Wert aller unter vorstehender Ziffer I. bezeichneten Vermögensgegenstände mitzuteilen.

Die unter Ziffern II. und III. gestellten weiteren Stufen (Eidesstattliche Versicherung und Zahlungsantrag) sollen an die erste Instanz zurückverwiesen werden.

14 Der Antragsteller beantragt,

Zurückweisung der Beschwerde.

15 Er verteidigt die angefochtene Entscheidung.

16 Im Beschwerdeverfahren wurden Antragsteller und Antragsgegnerin persönlich angehört.

17 Zu den Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

18 II. Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt.

19 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist neben dem Versorgungsausgleich auch der gesamte Anspruch auf Zugewinnausgleich, nicht nur der Auskunftsanspruch. Im Tenor des angefochtenen Beschlusses ist „der Antrag der Antragsgegnerin in der Folgesache Güterrecht“ zurückgewiesen worden, zugleich wurde die Scheidung ausgesprochen und eine Kostenentscheidung getroffen. Auch wenn in der Begründung des angefochtenen Beschlusses nur auf den Auskunftsanspruch Bezug genommen wird, ist damit der Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns insgesamt – einschließlich der noch nicht bezifferten Zahlungsstufe – abgewiesen worden.

20 Die Beschwerde ist in der Sache, soweit es um den Auskunftsanspruch über den Bestand des Anfangs- und Endvermögens und um den nicht durchgeführten Versorgungsausgleich geht, begründet.

21 1. Der Antragsgegnerin stehen die geltend gemachten Auskunftsansprüche über den Bestand des Anfangs- und Endvermögens nach § 1379 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB zu, wobei es sich bei dem im Antrag genannten Stichtag des 19.12.2013 zum Anfangsvermögen um einen offensichtlichen Schreibfehler handelt, gemeint ist der 19.12.2003, der Zeitpunkt der Heirat der Beteiligten. Bereits der erste Ehe- und Erbvertrag aus dem Jahre 2004, in dem der gesetzliche Güterstand ausgeschlossen worden ist, ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Dessen Nichtigkeit ergreift nach § 139 BGB auch den 2013 geschlossenen zweiten Ehe- und Erbvertrag.

22 a) Die gesetzlichen Regelungen über nachehelichen Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich unterliegen grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten. Die Disponibilität der Scheidungsfolgen darf allerdings nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann (BGH, Beschluss vom 17.01.2018, XII ZB 20/17, juris Rdnr. 12 f.).

23 Im Privatrechtsverkehr haben die Gerichte nämlich die Wirkkraft der Grundrechte als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen durch die Konkretisierung der zivilrechtlichen Generalklauseln zu schützen. Die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie setzt voraus, dass die

Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sind. Maßgebliches Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen ist der Vertrag, mit dem die Vertragspartner selbst bestimmen, wie ihre individuellen Interessen zueinander in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat. Ist jedoch aufgrund einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt. Dies gilt auch für Eheverträge, mit denen Eheleute ihre höchstpersönlichen Beziehungen für die Zeit ihrer Ehe oder danach regeln. Art. 6 Abs. 1 GG gibt ihnen hierbei das Recht, ihre jeweilige Gemeinschaft nach innen in ehelicher und familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht frei zu gestalten. Allerdings setzt der Schutz der staatlichen Ordnung, der für Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG ausdrücklich verbürgt ist, eine gesetzliche Ausgestaltung der Ehe voraus. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die eheliche und familiäre Freiheitssphäre ihre verfassungsrechtliche Prägung auch durch Art. 3 Abs. 2 GG erfährt. Verfassungsrechtlich geschützt ist deshalb eine Ehe, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen. Der Staat hat infolgedessen der Freiheit der Ehegatten, mithilfe von Verträgen die ehelichen Beziehungen und wechselseitigen Rechte und Pflichten zu gestalten, dort Grenzen zu setzen, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt. Es ist Aufgabe der Gerichte, in solchen Fällen gestörter Vertragsparität über die zivilrechtlichen Generalklauseln zur Wahrung beeinträchtigter Grundrechtspositionen eines Ehevertragspartners den Inhalt des Vertrages einer Kontrolle zu unterziehen und ggf. zu korrigieren. Auch die Eheschließungsfreiheit steht einer solchen Inhaltskontrolle nicht entgegen (BVerfG, Urteil vom 06.02.2001, 1 BvR 12/92, juris Rdnr. 32 ff.).

24 Ein Ehegatte muss deshalb nicht eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung hinnehmen, soweit dies für ihn unter angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe – unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgen-



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

rechts eingreift. Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle ist zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge einer Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelungen zu versagen ist. Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse bei Vertragsschluss abstellt, insbesondere auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen (BGH, Beschluss vom 17.01.2018, XII ZB 20/17, juris Rdnr. 12 f.).

25 b) Der erste Ehe- und Erbvertrag vom 17.03.2004 hält einer Wirksamkeitskontrolle am dargelegten Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB nicht stand.

26 Dabei kann vorliegend dahin stehen, ob nicht bereits die hier zu beurteilenden Einzelregelungen des Ehevertrags bei isolierter Betrachtung nach § 138 Abs. 1 BGB als nichtig zu erachten sind, da jedenfalls der Ehevertrag vom 17.03.2004 bei einer Gesamtbetrachtung als nichtig anzusehen ist.

27 (1) Zunächst bestehen auch hinsichtlich einzelner Regelungen Anzeichen für eine objektiv einseitige Lastenverteilung für den Scheidungsfall, die durch den geplanten Zuschnitt der Ehe nicht gerechtfertigt und durch keinerlei Vorteile für die Antragsgegnerin ausgeglichen sind.

28 (a) Die Vereinbarung der Gütertrennung und damit der Ausschluss des Zugewinnausgleichs ist bei isolierter Betrachtung allerdings nicht zu beanstanden. Der Zugewinnausgleich wird vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht umfasst; er erweist sich ehevertraglicher Gestaltung am weitesten zugänglich. Schon im Hinblick auf diese nachrangige Bedeutung des Zugewinnausgleichs im System des Scheidungsfolgenrechts wird ein Ausschluss dieses Güterstandes für sich genommen regelmäßig nicht sittenwidrig sein (BGH, Urteil vom 09.07.2008, XII ZR 6/07, juris Rdnr. 19).

29 (b) Fraglich erscheint aber eine objektive Benachteiligung der Antragsgegnerin hinsichtlich der zum nahehelichen Unterhalt getroffenen Abrede der Beteiligten.

30 Einerseits wird mit dem grundsätzlichen Ausschluss nahehelichen Unterhalts für den Fall, dass die Ehe vor Ablauf von drei Jahren geschieden wird, ein Rechtsgedanken aufgenommen, der sich auch in § 1579 Abs. 1 Nr. 1 BGB findet. Andererseits fehlt die Wahrung der in dieser Vorschrift besonders geschützten Kindesbelange (vgl. BGH, Urteil vom 09.07.2008, XII ZR 6/07, juris Rdnr. 14; vgl. insgesamt Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, juris Rdnr. 19). Vielmehr wird in der Vereinbarung auch der Betreuungsunterhalt

nach § 1570 BGB für diesen Fall vollständig ausgeschlossen, obwohl die Antragsgegnerin bei Vertragsschluss durch die Erziehung eines Kindes gebunden war, gemeinsamer Nachwuchs, wie der Antragsteller bei der Anhörung durch den Senat eingeräumt hat, durchaus zur Diskussion stand und bei der damals 39-jährigen Ehefrau, soweit vorgetragen, auch nicht auszuschließen war und diese überdies als Ausländerin, die zunächst in einem Sprachkurs ihre Deutschkenntnisse vertiefte, zunächst kein eigenes Erwerbseinkommen erwarten konnte.

31 (c) Dasselbe gilt auch hinsichtlich des zumindest potentiell zeitlich bis zu einer Einbürgerung der Antragsgegnerin befristeten Ausschlusses des Versorgungsausgleichs.

32 Der Versorgungsausgleich entspricht der grundgesetzlichen Gewährleistung des Art. 6 Abs. 1 GG, nach der zum Wesen der Ehe die grundsätzlich gleiche Berechtigung beider Partner gehört, die sich auch auf die vermögensrechtlichen Beziehungen der Eheleute nach Auflösung der Ehe auswirkt. Da die Leistungen der Ehegatten, die sie im Rahmen der von ihnen in gemeinsamer Entscheidung getroffenen Arbeits- und Aufgabenzuweisung erbringen, als gleichwertig anzusehen sind, haben beide Ehegatten grundsätzlich auch Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten, das ihnen zu gleichen Teilen zuzuordnen ist. Dies entfaltet seine Wirkung auch nach Trennung und Scheidung (BVerfG, Beschluss vom 02.05.2006, 1 BvR 1275/97, juris Rdnr. 9; Urteil vom 26.05.2020, 1 BvL 5/18, juris Rdnr. 92). Deshalb ist der Versorgungsausgleich dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zuzuordnen, sodass der Versorgungsausgleich als vorweggenommener Altersunterhalt einer vertraglichen Gestaltung nur begrenzt offen steht (§ 6 VersAusglG). Ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs kann daher nach § 138 Abs. 1 BGB schon für sich genommen unwirksam sein, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte kompensationslos aufgrund des bereits beim Vertragsschluss geplanten (oder zu diesem Zeitpunkt schon verwirklichten) Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint (vgl. BGH, Beschluss vom 29.01.2014, XII ZB 303/13, juris Rdnr. 19 f.).

33 Ob damit die erforderliche einseitige Benachteiligung der Antragsgegnerin vorliegt und außerdem bezüglich dieser Einzelregelungen auch die subjektiven Voraussetzungen einer Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB gegeben sind, kann hier dahin stehen.

34 2) Selbst wenn die ehevertraglichen Einzelregelungen zu den Scheidungsfolgen bei isolierter Betrachtungsweise den Vorwurf der Sittenwidrigkeit jeweils für sich genommen nicht zu rechtfertigen vermögen, kann sich ein Ehevertrag im Rahmen einer gebotenen Gesamtwürdigung als insgesamt sittenwidrig erweisen, wenn das objektive Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltenen Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt (vgl. BGH, Beschluss vom 20.03.2019, XII ZB 310/18, juris Rdnr. 35).

35 (a) Hier zielte der objektive Gehalt der Gesamtregelung erkennbar auf eine solche einseitige Benachteiligung der Antragsgegnerin und ausschließliche Begünstigung des Antragstellers als dem wirtschaftlich Stärkeren mit dem alleinigen Einkommen und der damit nur ihm möglichen Vermögensbildung, zumindest in den Anfangsjahren der gemeinsam verbrachten Ehezeit.

36 Nur der Antragsteller hatte zum damaligen Zeitpunkt ein zudem erhebliches und gesichertes Einkommen. Letzteres ergibt sich schon daraus, dass er zu Beginn der Ehe, insoweit seinen Angaben folgend, über Geldvermögen in Höhe von etwa 25.000 € sowie verschiedene Autos und eine Werkstattausrüstung verfügte, während er nunmehr ausweislich seiner hier vorgelegten Auskunft aus dem Trennungsunterhaltsverfahren über zwei Häuser mit insgesamt sieben Mietvertragsparteien verfügt. Er war und ist, wie er seiner künftigen Ehefrau im Jahre 2002 mitteilte, Kraftfahrzeugmechanikermeister und übte diese Tätigkeit selbstständig im Handel und Reparaturen aus und war außerdem tätig als in einem Industriebetrieb angestellter Controller im Qualitätswesen.

37 Die Antragsgegnerin war damals ohne Einkommen. Erst im Jahre 2010 änderte sich ihre berufliche Situation.

38 Damit diene die güterrechtliche Regelung ganz einseitig den Interessen des Antragstellers.

39 Nicht einmal gemeinsamer Nachwuchs sollte bei Scheidung innerhalb von drei Jahren zugunsten der Ehefrau, die nicht nur kein eigenes Einkommen hatte, sondern zudem alleine einen fünfjährigen Sohn zu unterhalten hatte, unterhaltsrechtlich bedeutsam sein.

40 Nur der Ehemann konnte in den Anfangsjahren der Ehe mit dem Erwerb von Versorgungsansprüchen rechnen, weil nur er (abhängig) erwerbstätig war. Der Versorgungsausgleich war bis zur Einbürgerung der Ehefrau, die von den Eheleuten diskutiert, aber wegen des, wie die Antragsgegnerin erläutert hat, damit verbundenen Verlustes der weißrussischen Staatsangehörigkeit und damit einer visumsfreien Einreise nach Weißrussland nicht verwirklicht worden ist, auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen. Die vertragliche Erbeinsetzung stellte in Anbetracht der nicht ausdrücklichen anderweitigen Bestimmung im Sinne von §§ 2279, 2077 BGB für den gerade problematischen Fall der Scheidung keine ausreichend sichere Kompensation dar, erst recht nicht die im Vertrag für den Fall der Scheidung vorgesehene einzige Einmalzahlung i. H. v. 2.000 €.

41 (b) Allerdings kennt das Gesetz keinen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten, sodass auch aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann auf die weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden kann, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz dieses Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt. Eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für

die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit lässt sich bei familienrechtlichen Verträgen nicht aufstellen. Ein unausgewogener Vertragsinhalt mag zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten sein. Gleichwohl wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt sein, wenn sonst außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten (BGH, Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, juris Rdnr. 29). Solche Umstände sind dann zu bejahen, wenn sich die Ehegatten beim Vertragsschluss nicht als „gleich starke Verhandlungspartner“ gegenüberstanden, der Ehevertrag vielmehr erkennbar auf einer gravierenden wirtschaftlichen wie sozialen Imparität der Ehegatten beruht (BGH, Urteil vom 09.07.2008, XII ZR 6/07, juris Rdnr. 22).

42 Im vorliegenden Fall war die Antragsgegnerin, auch wenn sie aus der Position einer verheirateten Ehefrau agieren konnte, als neu zugewanderte Ausländerin, die in ihrer Heimat eine lukrative Arbeitsstelle mit schon erreichter Zusage einer guten Altersversorgung aufgegeben hatte, dem Antragsteller deutlich unterlegen. Auch wenn sie über ein gutes deutsches Sprachverständnis verfügte, wie der Antragsteller vorträgt, war sie von ihrem Ehemann wirtschaftlich und in persönlicher Hinsicht vollkommen abhängig. Als einkommenslose und gegenüber ihrem fünfjährigen Sohn allein unterhaltspflichtige Mutter war sie auch wegen des Kindes, dem gegenüber der Antragsteller in keiner Weise verpflichtet war, auf den guten Willen ihres Mannes angewiesen. Sie musste sich auf möglichen gemeinsamen Nachwuchs einstellen und in einem fremden Land zurechtfinden, zunächst ohne Anerkennung ihrer erworbenen beruflichen Qualifikation. Damit hat sich der Antragsteller der prekären Situation seiner Ehefrau vollkommen verschlossen und einseitig und nicht schutzwürdig alleine seine vermögensrechtlichen Interessen für den Fall der Scheidung zu wahren gesucht.

43 c) Infolge der Gesamtnichtigkeit des ersten Ehe- und Erbvertrages vom 17.03.2004 ist nach § 139 BGB auch der zweite Ehe- und Erbvertrag vom 15.03.2013 unwirksam. Die beiden Verträge bilden schon inhaltlich ein einheitliches Rechtsgeschäft. Dass der zweite Ehe- und Erbvertrag auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre, macht keine Seite, insbesondere nicht der hiervon begünstigte Antragsteller geltend.

44 2. Der Anspruch auf Auskunft über unentgeltliche Zuwendungen, welche der Antragsteller nach Eintritt des Güterstandes gemacht hat, ist nicht begründet. Nach § 1379 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB kann der Ehegatte Auskunft über das Vermögen verlangen, soweit es für die Berechnung des Anfangs- und Endvermögens maßgeblich ist. Damit umfasst der Tatbestand auch Auskünfte zu vermögensbezogenen Vorgängen, wie sie von § 1375 Abs. 2 Satz 1 BGB umfasst werden. Allerdings besteht dieser Anspruch grundsätzlich nur dann, wenn der Auskunftsberechtigte konkrete Tatsachen vorträgt, die ein unter § 1375 Abs. 2 Satz 1 BGB fallen-



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

des Handeln nahelegen, zumindest dann, wenn nicht nur Auskunft für die Zeit nach der Trennung begehrt wird (vgl. BGH, Urteil vom 15.08.2012, XII ZR 80/11, juris Rdnr. 35 ff). Dazu fehlt jeglicher Vortrag der auskunftsberechtigten Antragsgegnerin.

45 3. Desgleichen ist der Antrag, den Wert „aller unter vorstehender Ziffer I.“ – gemeint Nr. 1 – bezeichneten Vermögensgegenstände mitzuteilen, zurückzuweisen, und zwar bereits als unzulässig, weil völlig unklar ist, um welche Vermögensgegenstände es gehen soll. Der Antrag ist unbestimmt und nicht vollstreckungsfähig formuliert.

46 4. Der Ausschluss des Versorgungsausgleich ist aus den dargelegten Gründen nicht wirksam erfolgt, weshalb der Versorgungsausgleich durchzuführen ist.

47 5. Das Verfahren ist deshalb, soweit es die weiteren Anträge des per Stufenantrag geltend gemachten Anspruchs auf Zugewinnausgleich anbelangt, auf Antrag der Antragsgegnerin in entsprechender Anwendung der § 117 Abs. 2 FamFG, § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 22.05.1981, I ZR 34/79, juris Rdnr. 50) an das Familiengericht zurückzuverweisen, dasselbe gilt zur Wahrung des Verbundes nach §§ 142, 137 FamFG hinsichtlich des Ausspruchs zum Versorgungsausgleich.

48 III. Die Festsetzung des Verfahrenswertes richtet sich nach §§ 40, 42, 50 FamGKG.

49 Hinsichtlich der Folgesache Versorgungsausgleich haben die Ehegatten das gemeinsame monatliche Einkommen mit 5.100 € angegeben. Bei drei Anrechten (gesetzliche Rente auf beiden Seiten, Betriebsrente beim Antragsteller) errechnet sich ein Verfahrenswert von 4.590 €.

50 Für den Zugewinnausgleich richtet sich der Verfahrenswert nach dem noch unbezifferten Zahlungsantrag und den Vorstellungen der Antragsgegnerin. Daraus errechnet sich ein Wert von 262.500 €.

51 Die Entscheidung über die Gerichtskosten im Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 150, 81 Abs. 1 Satz 2 FamFG.

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

10. Reichweite der eidesstattlichen Versicherung des Erben bezüglich eines notariellen Nachlassverzeichnisses

BGH, Urteil vom 01.12.2021, IV ZR 189/20 (Vorinstanz: OLG Schleswig, Urteil vom 14.07.2020, 3 U 36/19)

BGB § 2314 Abs. 1 Satz 3, §§ 260, 261

LEITSATZ:

Unter den Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB ist der Erbe auch dann zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verpflichtet, wenn die Auskunft nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB durch Vorlage eines notariellen Nach-

lassverzeichnisses erteilt worden ist. Die Versicherung an Eides statt ist nicht auf die Angaben, die im Verzeichnis als solche des Erben gekennzeichnet sind, beschränkt. Hält der Erbe Ergänzungen oder Berichtigungen des notariellen Verzeichnisses für erforderlich, ist die an Eides statt zu versichernde Formel entsprechend anzupassen (vgl. § 261 Abs. 1 BGB).

SACHVERHALT:

1 Der Kläger macht im Wege der Stufenklage einen Pflichtteilsanspruch gegen den Beklagten als Alleinerben des am 10.11.2010 verstorbenen Erblassers, des Vaters der Parteien, geltend und nimmt den Beklagten auf der zweiten Stufe auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung in Anspruch.

2 Der Beklagte erteilte dem Kläger mit Schreiben vom 04.03.2014 Auskunft über den Nachlassbestand durch Übersendung einer „Erklärung des Erben (...) über den Nachlass nach (Erblasser)“ vom 23.02.2014. Durch rechtskräftiges Teil-Anerkenntnisurteil des LG wurde der Beklagte im Wege der Stufenklage verurteilt, Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers zu erteilen, und zwar durch Vorlage eines durch einen Notar aufgenommenen Verzeichnisses, das im Einzelnen alle beim Erbfall vorhandenen Sachen und Forderungen, alle beim Erbfall vorhandenen Verbindlichkeiten und alle vom Erblasser zu seinen Lebzeiten getätigten ergänzungspflichtigen Schenkungen, insbesondere von zwei näher bezeichneten Grundstücken, umfasst.

3 Nachdem der Beklagte mit Schriftsatz vom 25.11.2016 ein auf seine Veranlassung erstelltes notarielles Nachlassverzeichnis vom 11.10.2016 vorgelegt hatte, hat der Kläger auf der zweiten Stufe beantragt, den Beklagten zu verurteilen, vor der zuständigen Stelle die Richtigkeit der Angaben im notariellen Verzeichnis an Eides statt zu versichern.

4 Durch weiteres Teilurteil hat das LG die Klage auf der zweiten Stufe abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG unter Abweisung der Klage auf der zweiten Stufe im Übrigen und Zurückweisung der weitergehenden Berufung das erstinstanzliche Teilurteil abgeändert und den Beklagten verurteilt, an Eides statt zu versichern, dass der Aktiv- und Passivbestand des Nachlasses des Erblassers einschließlich der Schenkungen in seinen letzten zehn Lebensjahren und der ausgleichspflichtigen Zuwendungen in dem notariellen Nachlassverzeichnis vom 11.10.2016, soweit die Angaben im Verzeichnis als solche des Beklagten gekennzeichnet sind, so vollständig als möglich und nach bestem Wissen angegeben ist, als er dazu imstande war. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag auf Abgabe einer sämtlichen Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis umfassenden eidesstattlichen Versicherung weiter, während der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Teilurteils erstrebt.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 Die Revision des Klägers hat Erfolg, diejenige des Beklagten ist weitgehend unbegründet. Soweit die Revisionen Erfolg haben, ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

6 I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann der Pflichtteilsberechtigte nach – hier vorliegender – Erfüllung des Auskunftsanspruchs unter den Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB eine eidesstattliche Versicherung des Erben auch im Falle eines notariellen Nachlassverzeichnisses im Sinne des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB verlangen. Gegenstand der eidesstattlichen Versicherung des Erben könnten angesichts seiner eigenen Pflicht zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Auskunft auch gegenüber dem

Notar die Angaben des Erben zum Nachlassbestand sein, wenn und soweit sie als solche gekennzeichnet und vom Notar in das Verzeichnis aufgenommen worden seien. Der beschränkte Umfang der eidesstattlichen Versicherung werde einerseits Systematik sowie Sinn und Zweck der §§ 2314, 260 Abs. 2 BGB im Hinblick auf die Pflichten des Erben zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Auskunft auch gegenüber dem Notar gerecht. Andererseits werde dadurch ausreichend berücksichtigt, dass das Gesamtverzeichnis von dem Notar verantwortet werde und auch auf dessen eigenständigen Ermittlungen beruhe und das Verzeichnis letztlich nicht in der Entscheidungsmacht und Verantwortung des Erben liege. Die Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB seien gegeben, da Grund zur Annahme bestehe, dass die Auskünfte des Beklagten gegenüber dem Notar nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erfolgt seien. Der Beklagte habe in dem von ihm aufgestellten Verzeichnis vom 23.02.2014 eine Summe von 342.528,40 € auf einem Bankkonto des Erblassers bei der B Bank nicht angegeben, obwohl er am 06.03.2014, also nur zwei Tage nach Übersendung des Nachlassverzeichnisses, mit der Lebensgefährtin des Erblassers und deren Tochter eine Auseinandersetzungsvereinbarung über die Aufteilung dieses Bankguthabens getroffen habe. Es liege die Annahme nahe, dass er sich bereits am 04.03.2014 bewusst gewesen sei, dass mindestens etwa ein Drittel dieses Betrages in die Erbmasse fallen dürfte. Er habe auch nicht etwa von sich aus unmittelbar nach dem 06.03.2014 eine ergänzende Auskunft an den Kläger gesandt. Dies sei aber im Rahmen einer sorgfältigen Auskunftserteilung zu erwarten gewesen. Auch in der Klageerwidern vom 26.02.2015 finde sich die Summe dieses Bankkontos nicht wieder. Soweit das Bankkonto zwar im notariellen Nachlassverzeichnis aufgeführt werde, habe der Notar aber angegeben, dass seine Erkenntnisse nicht etwa vom Beklagten, sondern aus einer Übersicht der B Bank und einem Schreiben des Testamentsvollstreckers stammten. Soweit erkennbar, habe der Beklagte dem Kläger bis heute schließlich nicht mitgeteilt, ob das Konto endgültig auseinandergesetzt worden sei und welcher Betrag unter Berücksichtigung der laut Auseinandersetzungsvereinbarung noch abzuführenden Steuern von etwa 30.000 € genau in den Nachlass falle. Auch hier sei zu erwarten gewesen, dass der Beklagte den Kläger von der endgültigen Summe unterrichtete.

7 II. Die Revision des Klägers ist begründet.

8 Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den Erben auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB sei bei Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses im Sinne des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB auf die Angaben beschränkt, die als solche des Erben gekennzeichnet sind. Vielmehr steht dem Pflichtteilsberechtigten ein unbeschränkter Anspruch auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zu. Etwaige vom Erben für erforderlich gehaltene Berichtigungen oder Ergänzungen des notariellen Verzeichnisses sind bei der Fassung der Formel der eidesstattlichen Versicherung zu berücksichtigen (vgl. § 261 Abs. 1 BGB).

9 1. Ob der Pflichtteilsberechtigte vom Erben unter den Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung auch dann verlangen kann, wenn die Vollständigkeit der Angaben in einem notariellen Nachlassverzeichnis (§ 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB) an Eides statt versichert werden soll, ist umstritten.

10 a) Eine Auffassung geht davon aus, dass ein notarielles Nachlassverzeichnis nicht Gegenstand einer eidesstattlichen Versicherung sein könne, weil es in der Regel keine eigenen Erklärungen des Auskunftspflichtigen, die zu versichern wären, enthalte (vgl. *Damm*, notar 2016, 219, 222 f.; *ders.*, Notarielle Verzeichnisse in der Praxis, 2018, § 1 Rdnr. 53 und § 2 Rdnr. 197 f.). Vielmehr handele es sich um die Bestandserklärung des Notars, der für deren Inhalt alleine verantwortlich sei (vgl. *Damm*, Notarielle Verzeichnisse in der Praxis, § 1 Rdnr. 53; vgl. auch *Ahrens*, ErbR 2009, 248, 252 f.; *Damm*, a. a. O.). Systematisch stünden der Anspruch auf Erstellung eines privaten und eines notariellen Nachlassverzeichnisses selbstständig nebeneinander. Dabei verweise § 2314 Abs. 1 Satz 2 1. Hs. BGB auf § 260 BGB. Dieser Verweis finde sich jedoch in dem folgenden § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht, weswegen § 260 Abs. 2 BGB beim notariellen Verzeichnis nicht gelte (vgl. *Damm*, notar 2016, 219, 223; *ders.*, Notarielle Verzeichnisse in der Praxis, a. a. O.).

11 b) Nach der überwiegenden Auffassung kann hingegen auch bei Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses eine Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bestehen. Deren Gegenstand seien aber nur die Angaben, die der Notar in dem Verzeichnis als solche des auskunftspflichtigen Erben gekennzeichnet hat und nicht das Verzeichnis insgesamt (vgl. KG, ErbR 2016, 278 unter II. 1. b), juris Rdnr. 25, 27 ff.; BeckOGK-BGB/*Blum/Heuser*, Stand: 15.06.2021, § 2314 Rdnr. 84; BeckOK-BGB/*Müller-Engels*, Stand: 01.08.2021, § 2314 Rdnr. 32; Burandt/Rojahn/*Horn*, Erbrecht, 3. Aufl., § 2314 Rdnr. 60; jurisPK-BGB/*Birkenheier*, Stand: 02.11.2021, 9. Aufl., § 2314 Rdnr. 102; Kroiß/Ann/Mayer/*Bock*, BGB, 5. Aufl., § 2314 Rdnr. 27a; MünchKomm-BGB/*Lange*, 8. Aufl., § 2314 Rdnr. 29; *Heinze*, RNotZ 2019, 260, 261; *Kurth*, ZErB 2018, 293, 296; *Schönenberg-Wessel*, NotBZ 2018, 204, 207). Auch beim notariellen Nachlassverzeichnis handele es sich um eine Auskunftserteilung durch den Erben. Ohne dessen Mitwirkung könne der Notar das Verzeichnis nicht errichten. Die „Verantwortung“ des Notars entbinde den Erben nicht von dessen eigener Verantwortung (vgl. *Heinze*, a. a. O., 260 f.). Der Unterschied zwischen dem notariellen und privaten Verzeichnis bestehe lediglich in der Form, nicht im Inhalt. Bestehe indes ein weitgehender Gleichlauf, so sei es konsequent, auch die Nebenansprüche und Nebenrechte als gleichlaufend zu betrachten (vgl. *Heinze*, a. a. O., 261). Im Übrigen werde die Schwächung des notariellen Nachlassverzeichnisses, das im Rahmen des § 2314 BGB als das stärkere, höhere Richtigkeitsgewähr erbringende Auskunftsmittel angesehen werde, bei fehlender Möglichkeit zur Forderung einer eidesstattlichen Versicherung in der Regel nicht durch den Vorteil der notariellen Ermittlungspflicht aufgewogen (KG, a. a. O., unter II. 1. b), juris Rdnr. 28–30). Jedoch könne dem Erben nicht zugemutet werden, eine Versicherung an

Eides statt bezüglich solcher Teile des notariellen Nachlassverzeichnisses abzugeben, deren Inhalt er nicht beeinflussen konnte (vgl. KG, a. a. O., unter II. 1. b), juris Rdnr. 26; jurisPK-BGB/*Birkenheier*, a. a. O.).

12 c) Dagegen hat der Erbe nach einer dritten Auffassung eine eidesstattliche Versicherung abzugeben, die sämtliche Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis umfasst (vgl. *Jahreis*, AnwZert ErbR 11/2016 Anm. 2 unter C.; *Schneider*, ZEV 2017, 102, 103; *Weidlich*, ZEV 2017, 241, 246; *Grüneberg/Weidlich*, 80. Aufl., § 2314 Rdnr. 7; wohl auch *Schindler*, BWNNotZ 2004, 73, 74; vgl. auch *Weidlich*, ErbR 2013, 134, 140; *Zimmer*, ZEV 2008, 365, 368 f. und NotBZ 2005, 208, 211, der sich jedoch gegen eine eigene Ermittlungspflicht des Notars ausspricht). Der Erbe erfülle mit dem notariellen Nachlassverzeichnis eine eigene Auskunftspflicht, sodass er sich das Verzeichnis bei dessen Verwendung zurechnen lassen müsse (vgl. *Jahreis*, a. a. O.; *Schneider*, a. a. O.; *Weidlich*, ZEV 2017, 241, 246). Lege der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten das notarielle Nachlassverzeichnis vor, obwohl er mit dessen Inhalt nicht einverstanden sei, habe er dies dem Pflichtteilsberechtigten mitzuteilen. Eine eidesstattliche Versicherung sei dann unter Abänderung der an Eides statt zu versichernden Formel (§ 261 Abs. 1 BGB) mit den vom Erben für erforderlich gehaltenen Ergänzungen und Berichtigungen abzugeben. Dadurch werde dem berechtigten Informationsbedürfnis des Auskunftsberechtigten im Rahmen des Möglichen entsprochen, ohne dass der Erbe damit überfordert wäre (vgl. *Weidlich*, ZEV 2017, 241, 246 f.).

13 2. Die zuletzt genannte Auffassung trifft zu. Unter den Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB ist der Erbe auch dann zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verpflichtet, wenn die Auskunft nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses erteilt worden ist. Eine Beschränkung der Versicherung an Eides statt auf die Angaben, die im Verzeichnis als solche des Erben gekennzeichnet sind, erfolgt nicht. Hält der Erbe Ergänzungen oder Berichtigungen des notariellen Verzeichnisses für erforderlich, ist die an Eides statt zu versichernde Formel entsprechend anzupassen (vgl. § 261 Abs. 1 BGB).

14 a) Für eine unbeschränkte eidesstattliche Versicherung sprechen bereits der Wortlaut und die Systematik der § 2314 Abs. 1, § 260 Abs. 1 und 2 BGB.

15 aa) Nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte „auch“ verlangen, dass „das Verzeichnis“ durch einen Notar aufgenommen wird. Aus § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB ergibt sich, dass es sich hierbei um ein Bestandsverzeichnis im Sinne des § 260 Abs. 1 BGB handelt (vgl. *Heinze*, RNotZ 2019, 260, 261; a. A. *Damm*, notar 2016, 219, 223; *ders.*, Notarielle Verzeichnisse in der Praxis, § 1 Rdnr. 53 und § 2 Rdnr. 197). Denn nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten auf Verlangen über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen. Nach § 260 Abs. 1 BGB ist dieser Auskunftsanspruch dadurch zu erfüllen, dass der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorlegt (vgl. BGH, Urteil vom 02.11.1960, V ZR 124/59, BGHZ 33, 373 unter II. 1. und 2.,

juris Rdnr. 11 f.). Dies wird durch § 2314 Abs. 1 Satz 2 1. Hs. BGB bestätigt. Danach kann der Pflichtteilsberechtigte verlangen, dass er bei der Aufnahme des ihm „nach § 260 vorzulegenden Verzeichnisses der Nachlassgegenstände“ zugezogen wird. Indem § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB im Anschluss hieran „das Verzeichnis“ nennt, nimmt er auf das zuvor in § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB genannte Verzeichnis im Sinne des § 260 Abs. 1 BGB Bezug (vgl. *Heinze*, a. a. O.). Mit Blick darauf ist ein ausdrücklicher Verweis in § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB auf § 260 BGB nicht erforderlich (a. A. *Damm*, jew. a. a. O.).

16 bb) Nach § 260 Abs. 2 BGB ist der Verpflichtete zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verpflichtet, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist. Dabei unterscheidet der Wortlaut des § 260 Abs. 2 BGB nicht danach, wer das Verzeichnis aufgestellt hat, sondern ist im Passiv formuliert (vgl. auch *Heinze*, RNotZ 2019, 260, 263), sodass auch das vom Notar erstellte Nachlassverzeichnis vom Wortlaut erfasst wird.

17 Dem steht nicht entgegen, dass nach der Formel der eidesstattlichen Versicherung der Verpflichtete zu Protokoll an Eides statt zu versichern hat, dass „er“ nach bestem Wissen den Bestand so vollständig „angegeben“ habe, als „er“ dazu imstande sei. Zwar setzt § 260 BGB eine eigene Auskunft des Schuldners voraus, da die Auskunftserteilung als Wissenserklärung höchstpersönlicher Natur und vom Verpflichteten in Person zu erfüllen ist (vgl. BGH, Urteil vom 04.06.2014, VIII ZR 4/13, WuM 2014, 558 Rdnr. 27; Beschluss vom 28.11.2007, XII ZB 225/05, NJW 2008, 917 Rdnr. 12 f.). Die Hinzuziehung von Hilfspersonen wird dadurch aber grundsätzlich nicht ausgeschlossen und kommt zum Beispiel in Betracht, wenn der Verpflichtete andernfalls zu einer sachgerechten Auskunftserteilung nicht in der Lage ist (vgl. BGH, Beschluss vom 28.11.2007, a. a. O. Rdnr. 15). Erforderlich ist allerdings die Feststellung, dass der Verpflichtete die vorgelegte Auskunft als eigene Erklärung abgeben will (vgl. BGH, Urteil vom 04.06.2014, a. a. O. Rdnr. 27 f.; Beschluss vom 28.11.2007, a. a. O. Rdnr. 15, 18). Nach diesen Grundsätzen handelt es sich um eine eigene Auskunft des Erben, wenn er – wie hier der Beklagte – das vom Notar erstellte Verzeichnis zur Erfüllung des gegen ihn nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB bestehenden Auskunftsanspruchs vorlegt und sich dieses dadurch zu eigen macht (vgl. BGH, Urteil vom 04.06.2014, a. a. O.; Beschluss vom 28.11.2007, Rdnr. 15; vgl. auch Beschluss vom 12.06.2014, I ZB 37/13, MDR 2014, 1342 Rdnr. 8; *Schreinert*, RNotZ 2008, 61, 76).

18 b) Die Entstehungsgeschichte des § 2314 Abs. 1 BGB steht – anders als der Beklagte meint – einer Verpflichtung zur Abgabe einer unbeschränkten eidesstattlichen Versicherung nicht entgegen. Zwar weist der Beklagte zutreffend darauf hin, dass im Gesetzgebungsverfahren die Erste Kommission zunächst nur ein privates Nachlassverzeichnis mit einem unbeschränkten Anspruch auf eidliche Versicherung der Richtigkeit des Verzeichnisses vorsah (vgl. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, amtliche Ausgabe, 1888, § 777 und § 1988; vgl. auch Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Ge-

setzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht, Amtliche Ausgabe, 1888, S. 409 f.; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, 1888, S. 893 f.); richtig ist auch, dass erst die Zweite Kommission das notarielle Nachlassverzeichnis regelte (vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von *Achilles, Spahn* und *Gebhard*, Band V, Erbrecht, 1899, S. 520) sowie den Anspruch auf einen Offenbarungseid dahin gehend einschränkte, dass konkrete Richtigkeitszweifel vorliegen müssen (vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von *Achilles, Spahn* und *Gebhard*, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, S. 786 ff.). Entgegen der Auffassung des Beklagten hat die Zweite Kommission dadurch aber nicht zum Ausdruck gebracht, dass schon die Aufnahme des Verzeichnisses durch den Notar die erforderliche inhaltliche Kontrolle gewährleiste. Den Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Auskunftserteilung durch Vorlage eines amtlichen Verzeichnisses hat der Gesetzgeber allein damit begründet, dass es sich dabei um die für die Inventarerrichtung vorgeschriebene Form handele (vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von *Achilles, Spahn* und *Gebhard*, Band V, Erbrecht, 1899, S. 520 f.). Einen Ausschluss der eidesstattlichen Versicherung für diesen Fall oder deren Beschränkung auf solche Angaben, die im notariellen Nachlassverzeichnis als solche des Erben gekennzeichnet sind, hat der Gesetzgeber nicht – auch nicht später – vorgesehen. Vielmehr ging er ohne weitere Erläuterungen davon aus, dass sich die Pflicht des Erben zur Leistung des Offenbarungseids, dem heute die Versicherung an Eides statt entspricht (vgl. Gesetz zur Änderung des Rechtspflegergesetzes, des Beurkundungsgesetzes und zur Umwandlung des Offenbarungseids in eine eidesstattliche Versicherung vom 27.06.1970, BGBl. I, S. 911, 912), nach den allgemeinen Vorschriften richte (vgl. Verhandlungen des Reichstags, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Anlagenband 1 Aktenstück 87 – Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs – S. 741).

19 c) Maßgebend für die Verpflichtung des Erben zur Abgabe einer unbeschränkten eidesstattlichen Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB ist der Sinn und Zweck des notariellen Nachlassverzeichnisses und der Gesamtregelung des § 2314 Abs. 1 BGB.

20 aa) § 2314 BGB soll es dem Pflichtteilsberechtigten ermöglichen, sich die notwendigen Kenntnisse zur Bemessung seines Pflichtteilsanspruchs zu verschaffen. Hierbei soll ein notarielles Nachlassverzeichnis eine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft als das private Verzeichnis des Erben bieten. Dementsprechend muss der Notar den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig ermitteln und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, dass er den Inhalt verantwortet (vgl. Senatsurteil vom 20.05.2020, IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rdnr. 8; BGH, Beschluss vom 13.09.2018, I ZB 109/17, ZEV 2019, 81 Rdnr. 31 f.).

21 Dies ändert jedoch nichts daran, dass das private und das notarielle Verzeichnis inhaltlich wesensgleich sind (vgl. Senatsurteil vom 31.10.2018, IV ZR 313/17, ZEV 2019, 85 Rdnr. 22). Bei der Auskunft gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB geht es um die Weitergabe von Wissen, das der Verpflichtete hat oder sich verschaffen muss, an den Pflichtteilsberechtigten (Senatsurteil vom 31.10.2018, a. a. O. Rdnr. 23). Die Erstellung und Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses betrifft lediglich die für die Erfüllung der Auskunftspflicht nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB vorgegebene Form der Auskunftserteilung (vgl. OLG Koblenz, ZEV 2018, 413 Rdnr. 13; OLG Nürnberg, FamRZ 2010, 584 unter II. 2. d), juris Rdnr. 15; *Kurth*, ZErB 2018, 293, 296). Schuldner des Verzeichnisses ist jeweils der Erbe (vgl. Senatsurteil vom 31.10.2018, a. a. O. Rdnr. 22), der mit Blick darauf – unabhängig von den Pflichten des Notars – die Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit auch des notariellen Verzeichnisses trägt (vgl. OLG Koblenz, a. a. O.; OLG Nürnberg, a. a. O.; *Grüneberg/Weidlich*, 80. Aufl. § 2314 Rdnr. 7; *Kurth*, a. a. O.). Der Erbe wählt den Notar aus und entscheidet allein, ob er das erstellte notarielle Nachlassverzeichnis vorlegt (vgl. *Grüneberg/Weidlich*, a. a. O.).

22 bb) Bestünde keine Pflicht zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, würde der Sinn und Zweck des notariellen Nachlassverzeichnisses in sein Gegenteil verkehrt. Das notarielle Nachlassverzeichnis würde seiner Bedeutung als größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft gegenüber dem privaten Nachlassverzeichnis weitgehend entkleidet, wenn die eidesstattliche Versicherung als Kontrollinstrument fehlte.

23 Die Abgabe der Versicherung an Eides statt ist die einzige im Gesetz vorgesehene abschließende und erschöpfende Sanktion zur Sicherstellung der Richtigkeit und Vollständigkeit der erteilten Auskunft, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist (vgl. *van der Auwera*, ZEV 2008, 359; vgl. auch Senatsurteil vom 20.05.2020, IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rdnr. 10 m. w. N.; BGH, Urteil vom 03.07.1984, X ZR 34/83, BGHZ 92, 62 unter I. 3., juris Rdnr. 12 und 16 zu § 259 Abs. 2 BGB; *Keim*, NJW 2020, 2996, 3000). Eine Berichtigung oder Ergänzung des notariellen Nachlassverzeichnisses kann der Pflichtteilsberechtigte grundsätzlich nicht verlangen (vgl. – auch zu den Ausnahmen – Senatsurteil vom 20.05.2020, a. a. O.).

24 Ohne Mitwirkung des Erben kann der Notar das Verzeichnis nicht aufnehmen. Er – und damit auch der Pflichtteilsberechtigte – ist vielmehr darauf angewiesen, dass ihm der Erbe die für die Aufnahme des Verzeichnisses erforderlichen Informationen übermittelt (vgl. BGH, Beschluss vom 13.09.2018, I ZB 109/17, ZEV 2019, 81 Rdnr. 14). Er muss zunächst von den Angaben des Erben ausgehen, auch wenn er sich hierauf nicht beschränken und insbesondere nicht lediglich eine Plausibilitätsprüfung durchführen darf, sondern diejenigen Nachforschungen zur Ermittlung des Nachlassbestandes anzustellen hat, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde (vgl. Senatsurteil vom 20.05.2020, IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rdnr. 8). Dies ändert aber nichts daran, dass dem Notar

ohne die geschuldete Kooperation des Erben eine vollständige und richtige Ermittlung des Nachlassbestandes in der Regel kaum möglich sein wird. Dem steht, anders als der Beklagte meint, nicht entgegen, dass der Erbe den Notar auch zur Einholung aller denkbaren Auskünfte bei allen denkbaren Stellen ermächtigen könne. Bei welchen Stellen die Einholung von Auskünften erforderlich ist, richtet sich regelmäßig auch nach den Angaben des Erben.

25 cc) Es ist nicht geboten, die eidesstattliche Versicherung auf solche Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis zu beschränken, die als solche des Erben gekennzeichnet sind. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist dem Erben eine unbeschränkte eidesstattliche Versicherung nicht unzumutbar. Hält der Erbe Ergänzungen oder Berichtigungen des notariellen Verzeichnisses für erforderlich, ist die an Eides statt zu versichernde Formel entsprechend anzupassen (vgl. § 261 Abs. 1 BGB).

26 (1) Zwar erstellt der Notar aufgrund eigenständiger Ermittlungen das notarielle Nachlassverzeichnis und muss durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, dass er den Inhalt verantwortet (vgl. Senatsurteil vom 20.05.2020, IV ZR 193/19, ZEV 2020, 625 Rdnr. 8). Hält der Erbe Ergänzungen oder Berichtigungen des Verzeichnisses für erforderlich, kann er diese nicht ohne Mitwirkung des Notars im Verzeichnis selbst vornehmen.

27 Der Erbe ist aber als Auskunftspflichtiger verpflichtet, eigenes Wissen nicht zurückzuhalten und sich anhand der für ihn erreichbaren Erkenntnisquellen bis zur Grenze der Unzumutbarkeit eigenes Wissen zu verschaffen und solches – notfalls mit Unterstützung durch Hilfspersonen – zu vervollständigen (vgl. Senatsurteile vom 20.05.2020, a. a. O., Rdnr. 11; vom 31.10.2018, IV ZR 313/17, ZEV 2019, 85 Rdnr. 23). Mit Blick darauf hat er dem Pflichtteilsberechtigten etwaige aus seiner Sicht notwendige Änderungen des notariellen Nachlassverzeichnisses mitzuteilen. Dies betrifft auch Positionen, von denen der Erbe vor den Ermittlungen und Feststellungen des Notars im notariellen Nachlassverzeichnis keine Kenntnis besaß, sodass – entgegen der Auffassung des Beklagten – eine entsprechende Überprüfungspflicht des Erben besteht. Dies ist dem Erben auch zumutbar, da er sich – wie aufgezeigt – über sein eigenes Wissen hinaus die zur Auskunftserteilung notwendigen Kenntnisse so weit wie möglich zu verschaffen hat. Dabei ist es ihm insbesondere möglich, sich bei dem von ihm beauftragten Notar bei Bedarf nach Unterlagen und Belegen zur Überprüfung der Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis zu erkundigen. Im Übrigen wird der Erbe regelmäßig in eigenem Interesse ihm bisher unbekannt Positionen des Nachlassverzeichnisses überprüfen, da diese Auswirkungen auf die Höhe des geschuldeten Pflichtteils haben und von ihm bei der Abwicklung des Nachlasses berücksichtigt werden müssten.

28 (2) Auf dieser Grundlage kann der Erbe sodann im Rahmen einer eidesstattlichen Versicherung erklären, dass der Nachlass in dem notariellen Verzeichnis – ggf. – unter Maßgabe der – von ihm konkret zu bezeichnenden – Berichtigungen und Ergänzungen so vollständig als möglich und

nach bestem Wissen angegeben ist, als er dazu imstande sei. Dies wird dem berechtigten Informationsbedürfnis des Pflichtteilsberechtigten gerecht, ohne dass der Erbe damit überfordert wäre (vgl. *Weidlich*, ZEV 2017, 241, 246 f.). Zudem wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Auskunftsverpflichtete nicht zur Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung gezwungen werden darf (vgl. BGH, Beschluss vom 12.06.2014, I ZB 37/13, MDR 2014, 1342 Rdnr. 11). Das Gesetz lässt für entsprechend flexible Fassungen der an Eides statt zu versichernden Formel in § 261 Abs. 1 BGB genügend Raum (vgl. auch Senatsurteil vom 08.06.1988, IVa ZR 57/87, BGHZ 104, 369 unter I. 2., juris Rdnr. 9 zu § 261 BGB bei Übergang der Pflicht des Erblassers zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung auf den Erben). Die Befugnis zu einer den Umständen entsprechenden Änderung der Formel der eidesstattlichen Versicherung besteht nicht nur, wenn bereits über die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung entschieden ist, aufgrund später zutage getretener, eine Änderung der Formel erfordernder Umstände, sondern schon bei der Fassung der an Eides statt zu versichernden Formel in jener Entscheidung (vgl. BGH, Urteil vom 03.07.1984, X ZR 34/83, BGHZ 92, 62 unter I. 3., juris Rdnr. 13; RGZ 125, 256, 259 f.).

29 (3) Die eine eingeschränkte eidesstattliche Versicherung befürwortende Ansicht berücksichtigt im Übrigen nicht, dass es sich bei der Kennzeichnung von Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis als solche des Erben ebenfalls um eine Feststellung des Notars handelt und nicht ausgeschlossen ist, dass der Erbe insoweit nach Vorlage des notariellen Verzeichnisses ebenfalls eine Berichtigung oder Ergänzung für erforderlich hält. Dementsprechend macht der Beklagte vorliegend geltend, die auf seinen Angaben beruhende Position im notariellen Nachlassverzeichnis zu Schenkungen des Erblassers an den Kläger innerhalb von zehn Jahren vor dem Erbfall sei nach seinen späteren Erkenntnissen falsch.

30 (4) Indem der Erbe die Vollständigkeit sämtlicher Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis – ggf. unter der Maßgabe etwaiger aus seiner Sicht erforderlicher Berichtigungen und Ergänzungen – an Eides statt versichert, wird auch der Vorgabe des § 260 Abs. 2 BGB genügt, dass sich die eidesstattliche Versicherung auf den gesamten Bestand und nicht nur auf Teile des Bestandsverzeichnisses zu beziehen hat (vgl. MünchKomm-BGB/Krüger, 8. Aufl., § 260 Rdnr. 48).

31 III. Die Revision des Beklagten hat nur in geringem Umfang Erfolg.

32 1. Nach dem Vorstehenden ist der Beklagte gemäß § 260 Abs. 2 BGB zur Abgabe einer sämtliche Angaben des notariellen Nachlassverzeichnisses umfassenden eidesstattlichen Versicherung verpflichtet.

33 2. Ohne Erfolg rügt der Beklagte, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, dass die vorliegende Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt im Sinne des § 260 Abs. 2 BGB gegeben worden sei.

34 a) Ob eine Auskunft mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt worden ist oder nicht, ist im Wesentlichen Tatfrage (Senatsurteil vom 30.10.1974, IV ZR 41/73, WM 1975, 28 unter 4., juris Rdnr. 50; BGH, Urteile vom 01.12.1983, IX ZR 41/83, BGHZ 89, 137 unter 2. a), juris Rdnr. 12; vom 04.12.1959, I ZR 135/58, GRUR 1960, 247 unter 3.; RGZ 125, 256, 259). In der Revisionsinstanz kann nur geprüft werden, ob die Erwägungen des Berufungsgerichts von Rechtsirrtum beeinflusst sind oder ob von der Revision erhobene Verfahrensrügen durchgreifen (Senatsurteil vom 30.10.1974, a. a. O.; BGH, Urteile vom 01.12.1983, a. a. O.; vom 04.12.1959, a. a. O.).

35 b) Danach ist – anders als der Beklagte meint – nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht bei der Auskunftserteilung durch das notarielle Nachlassverzeichnis von mangelnder Sorgfalt des Beklagten ausgegangen ist, weil dieser in dem zunächst von ihm selbst aufgestellten Nachlassverzeichnis vom 23.02.2014 ein Bankkonto des Erblassers bei der B Bank nicht angegeben hatte. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Angabe dieses Bankkontos im notariellen Nachlassverzeichnis nicht auf Erklärungen des Beklagten gegenüber dem Notar beruht.

36 aa) Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass für die Beurteilung des Anspruchs auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB allein maßgebend ist, ob Grund zu der Annahme besteht, der Verpflichtete habe das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt und daher möglicherweise unrichtig, insbesondere unvollständig aufgestellt (vgl. Senatsurteil vom 25.06.1976, IV ZR 125/75, FamRZ 1978, 678, juris Rdnr. 21; BGH, Urteile vom 01.12.1983, IX ZR 41/83, BGHZ 89, 137 unter 2. a), juris Rdnr. 11; vom 08.05.1961, II ZR 205/59, LM ZPO § 254 Nr. 6). Die Feststellung, das Verzeichnis sei in einzelnen Punkten unvollständig oder unrichtig, ist für sich weder erforderlich noch ausreichend, um die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zu begründen (vgl. BGH, Urteil vom 01.12.1983, a. a. O.).

37 Ob der Verpflichtete die Auskunft mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt hat, ist – wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat – aufgrund seines gesamten Verhaltens im Zusammenhang mit der Auskunftserteilung zu beurteilen (vgl. Senatsurteil vom 25.06.1976, a. a. O.; BGH, Urteil vom 31.05.1965, III ZR 214/63, juris Rdnr. 11). Dazu kann auch eine anfängliche Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der später berichtigten Auskunft verwertet werden (BGH, Urteile vom 31.05.1965, a. a. O.; vom 04.12.1959, I ZR 135/58, GRUR 1960, 247 unter 3.). Es müssen greifbare Tatsachen festgestellt werden, die bei vernünftiger Betrachtung den Verdacht mangelnder Sorgfalt, also eines Verschuldens, erwecken (BGH, Urteil vom 31.05.1965, a. a. O.).

38 bb) Nach diesen Grundsätzen kann – anders als der Beklagte meint – auch aufgrund des früheren Verhaltens des Erben, insbesondere im Hinblick auf eine frühere unvollständige oder unrichtige Auskunft, der Verdacht begründet sein, dass das schließlich vorgelegte notarielle Nachlassverzeichnis nicht sorgfältig aufgestellt wurde. Dabei kommt es entgegen der Auffassung des Beklagten nicht darauf an, dass die entsprechende Angabe, die in einer früheren Auskunft unvollständig oder unrichtig war, im notariellen Nach-

lassverzeichnis ebenfalls auf eine Erklärung des Erben zurückgeht. Vielmehr kann wegen der früheren unvollständigen oder unrichtigen Angabe im Einzelfall Grund zu der Annahme bestehen, dass die Angaben des Erben gegenüber dem Notar insgesamt ohne die erforderliche Sorgfalt erfolgt sind. Dabei ist maßgebend, dass der Notar – wie ausgeführt – im Regelfall für die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses auf Angaben des Erben angewiesen ist, auch wenn er den Nachlassbestand selbst und eigenständig ermitteln muss und den Inhalt verantwortet (vgl. BGH, Beschluss vom 13.09.2018, I ZB 109/17, ZEV 2019, 81 Rdnr. 32 f.).

39 c) Der Beklagte rügt ebenfalls erfolglos, das Berufungsgericht habe u. a. gegen seine Hinweispflicht aus § 139 ZPO verstoßen. Der Senat hat die erhobenen Verfahrensrügen geprüft und insgesamt nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

40 3. Mit Erfolg rügt der Beklagte jedoch, er sei zu Unrecht verpflichtet worden, die Richtigkeit einer Angabe im notariellen Nachlassverzeichnis eidesstattlich zu versichern, die er nachträglich als falsch erkannt habe. Das Berufungsgericht hat verfahrensfehlerhaft entscheidungserhebliches Vorbringen übergangen (Art. 103 Abs. 1 GG).

41 Ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör liegt vor, wenn das Berufungsgericht erstinstanzliches Vorbringen in seine Entscheidung nicht einbezieht, obwohl es dem Berufungsbegehren der anderen Partei mit der Folge stattgeben will, dass das bisher nicht relevante Vorbringen der Partei für die Entscheidung erheblich wird (vgl. BGH, Beschluss vom 10.10.2018, VII ZR 13/18, BauR 2019, 544 Rdnr. 15; BVerfG, NJW 2015, 1746 Rdnr. 17). Das ist hier der Fall.

42 a) Das notarielle Nachlassverzeichnis vom 11.10.2016 führt unter E. 2. b) auf, „Ausweislich einer schriftlichen Erklärung des Erben vom 11.08.2014“ habe der Erblasser an den Kläger innerhalb von zehn Jahren vor dem Erbfall Schenkungen i. H. v. 218.187 € getätigt. Der Beklagte macht zutreffend geltend, er habe bereits erstinstanzlich vorgetragen, dass diese im notariellen Nachlassverzeichnis aufgeführten Schenkungen tatsächlich unberechtigte Abhebungen des Klägers von Konten des Erblassers und keine Schenkungen seien.

43 b) Dieses Vorbringen ist entscheidungserheblich. Das Berufungsgericht hätte aufgrund des konkreten Vortrags zu der vom Beklagten für falsch gehaltenen Angabe im notariellen Verzeichnis, die nach der angegriffenen Entscheidung von der eidesstattlichen Versicherung erfasst wird, die Formel der Versicherung nach § 261 Abs. 1 BGB unter Aufnahme der vom Beklagten für erforderlich gehaltenen Berichtigung anpassen müssen. Denn der Auskunftsverpflichtete darf – wie der Beklagte zu Recht annimmt – nicht zur Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung gezwungen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 12.06.2014, I ZB 37/13, MDR 2014, 1342 Rdnr. 11).

44 IV. Die Sache ist noch nicht zur Endentscheidung reif.

45 Der rechtliche Gesichtspunkt, dass die Formel der eidesstattlichen Versicherung bei etwaigen vom Erben für er-

forderlich gehaltenen Ergänzungen oder Berichtigungen von Angaben im notariellen Nachlassverzeichnis nach § 261 Abs. 1 BGB anzupassen ist, die nicht als solche des Erben gekennzeichnet sind, ist bisher nicht Gegenstand des Parteivorbringens und der Entscheidungen in den Tatsacheninstanzen gewesen. Den Parteien muss daher Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden (vgl. § 139 Abs. 2 ZPO).

46 Ferner wird das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen dazu zu treffen haben, in welchem Umfang der Beklagte die Angabe im notariellen Nachlassverzeichnis zu Schenkungen des Erblassers an den Kläger innerhalb von zehn Jahren vor dem Erbfall mittlerweile für falsch hält, um die Formel der eidesstattlichen Versicherung nach § 261 Abs. 1 BGB unter Berücksichtigung dieser Berichtigung anzupassen. In der Revisionsbegründung hat der Beklagte angegeben, „jedenfalls bei einem Teilbetrag von 168.224 €“ handele es sich um unberechtigte Abhebungen, während er erstinstanzlich noch vorgetragen hat, dies treffe auf den gesamten angegebenen Betrag i. H. v. 218.187 € zu.

11. Nichteheleiche Lebensgemeinschaft und § 2077 BGB

OLG Rostock, Beschluss vom 13.07.2021, 3 W 80/20

BGB § 2077 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. § 2077 Abs. 1 BGB enthält keine widerlegliche Vermutung, sondern eine dispositive Auslegungsregel.**
- 2. Haben die Partner einer nichteheleichen Lebensgemeinschaft einen Erbvertrag geschlossen oder der Erblasser zugunsten seines Partners ein Testament errichtet und heiraten die Partner später, findet auch im Fall der Scheidung vor dem Tod § 2077 BGB keine entsprechende Anwendung.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Erblasser verstarb am (...) 2017. Der Beteiligte zu 1 ist das einzige leibliche Kind des Erblassers.

2 Der Erblasser war in erster und einziger Ehe mit der Beteiligten zu 2 verheiratet. Die Ehe wurde am (...) 10.2001 geschlossen und mit Rechtskraft vom 06.04.2006 durch das AG Güstrow geschieden.

3 Am 02.05.2000 errichteten der Erblasser und die Beteiligte zu 2 vor der Notarin U T in P einen Erbvertrag. In diesem Erbvertrag setzten sich beide gegenseitig zu Alleinerben ein und bestimmten zum Erben der Letztversterbenden die Tochter der Beteiligten zu 2, Ta P, sowie den Beteiligten zu 1. Der Erbvertrag wurde durch das erstinstanzliche Gericht am 30.06.2017 eröffnet.

4 Am 22.08.2017 hat der Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Erbscheins dahin beantragt, dass er alleiniger gesetzlicher Erbe nach dem Erblasser F P geworden sei.

5 Er hat die Auffassung vertreten, die letztwillige Verfügung des Erblassers und seiner geschiedenen Ehefrau sei gemäß §§ 2279, 2077 BGB mit der Auflösung der Ehe unwirksam geworden. § 2077 BGB finde auch bei einer späteren Heirat Anwendung.

6 Es sei eine ergänzende Auslegung des Erbvertrages vorzunehmen. Eine nachträgliche Lücke des Erbvertrages sei festzustellen, wenn sich nach Errichtung des Erbvertrages die Sach- und Rechtslage geändert habe und dadurch nicht mehr die wirtschaftlichen Ziele und Absichten des Erblassers mit seiner letztwilligen Verfügung erreicht werden könnten. Maßgeblich sei die Sicht des Erblassers, sodass eine Lücke der Erklärung nur vorliege, wenn die Unvollständigkeit des Erbvertrages nicht beabsichtigt gewesen sei. Es sei also zu fragen, welche letztwilligen Anordnungen der Erblasser getroffen oder unterlassen hätte, wenn er im Zeitpunkt der Errichtung des Testamentes die nicht in Erwägung gezogenen Umstände gekannt oder sie als möglich vorausgesehen hätte.

7 Als die Vertragsparteien den Erbvertrag am 02.05.2000 bei der Notarin aufgesetzt hätten, seien sie selbstverständlich davon ausgegangen, dass ihre partnerschaftliche Beziehung andauere und beide lange leben würden. Der gemeinsame Sohn der Vertragsparteien sei zu diesem Zeitpunkt drei Jahre alt gewesen. Knapp 1,5 Jahre später hätten sie die Ehe geschlossen. Damit hätten sie ihre Beziehung auch in rechtlicher Hinsicht vertieft. Mit der Scheidung habe sich die Rechtslage umgekehrt. Mit der Scheidung sei auch der Versorgungsausgleich entschieden worden. 2007 hätten sich die Vertragsparteien auch über sämtliche güterrechtliche Ansprüche auseinandergesetzt. Somit seien ihre Vermögen ebenfalls vollständig voneinander getrennt gewesen. Mit einer Zahlung des Erblassers von 3.500 € sollten auch jegliche Zugewinnansprüche geregelt sein. Am 10.09.2008 sei dem Erblasser durch das AG Güstrow das alleinige Sorgerecht für den Beteiligten zu 1 zugesprochen worden.

8 Ein Kontakt des Erblassers zu Ta P habe ebenfalls nicht mehr bestanden.

9 Als er bereits schwer erkrankt gewesen sei, habe der Erblasser gegenüber seiner Verwandtschaft auch geäußert, dass der Beteiligte zu 1 sein Alleinerbe sei und dieser sich über seine wirtschaftliche Absicherung keine Sorgen machen müsse.

10 Die Beteiligte zu 2 ist dem Erbscheinsantrag entgegengetreten und hat sich auf den Erbvertrag berufen. Diesen hätten die Parteien in nichteheleicher Lebensgemeinschaft geschlossen. Die Scheidung beeinträchtige die Wirksamkeit des Erbvertrages nicht, da § 2077 BGB nicht einschlägig sei. Auch finde der Erbvertrag im gesamten Scheidungsverfahren keine Erwähnung.

11 Der Erbvertrag habe vor dem Todesfall seine volle Wirksamkeit erlangt. Eine ergänzende Vertragsauslegung sei nicht geboten. Die Anwendung des § 2077 BGB auf die nichteheleiche Lebensgemeinschaft scheide nach ganz herrschender Meinung aus.

12 Für die Vermutung, dass der Erbvertrag nicht mit der Scheidung sein Ende haben finden sollen, spreche die im Erbvertrag vorgenommene Schlusserbeneinsetzung.

13 Der Erblasser und die Beteiligte zu 2 hätten einen wechselseitig notariellen Erbvertrag geschlossen. Dies sei zu einer Zeit geschehen, zu der an eine Eheschließung nicht gedacht worden sei. Die wechselseitigen Erklärungen seien nicht einseitig zu widerrufen gewesen.

14 Sie bestreitet, dass sich die Vertragsparteien in einer Form hätten binden wollen, wie dies für eine Ehe üblich sei.

15 Das AG Ludwigslust, Zweigstelle Parchim, hat mit Beschluss vom 09.03.2000 den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Wegen der Gründe der Entscheidung wird auf den angefochtenen Beschluss Bezug genommen.

16 Gegen diesen Beschluss richtet sich die sofortige Beschwerde des Beteiligten zu 1 vom 20.04.2020. Er ist der Ansicht, die Auffassung, § 2077 BGB finde keine Anwendung, wenn ein Erbvertrag zwischen Partnern einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft geschlossen worden ist, sei nicht mit überzeugenden Argumenten zu begründen.

17 Der Schwerpunkt der Beurteilung, ob ein vor der Ehe abgeschlossener Erbvertrag seine Wirkung verliert, wenn die spätere Ehe der Beteiligten geschieden worden ist, sei an der Ehe der Beteiligten festzumachen. Es sei zu ermitteln, was der Erblasser gewollt haben würde, wenn ihm die nachträgliche Lücke in dem Erbvertrag zum Zeitpunkt der Errichtung des Vertrages bekannt gewesen wäre. Die Heirat und spätere Scheidung der Beteiligten am Erbvertrag stelle eine solche klassische Lücke dar, insbesondere auch die im Zusammenhang mit der Scheidung und dem jahrelangen Rosenkrieg eingetretene negative Entwicklung der Beziehung zum anderen Vertragspartner. Diese Lücke sei durch den hypothetischen Erblasserwillen zu schließen. Es sei also zu fragen, welche letztwillige Anordnung der Erblasser getroffen oder unterlassen hätte, wenn er im Zeitpunkt der Testamentserrichtung die nicht in Erwägung gezogenen Umstände gekannt oder sie als möglich vorausgesehen hätte.

18 Die Beteiligte zu 2 ist der Beschwerde entgegengetreten. Wegen der Begründung wird auf den Schriftsatz vom 08.06.2020 Bezug genommen.

19 Das AG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 01.07.2020 nicht abgeholfen.

20 II. Die sofortige Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist zwar gemäß §§ 58 ff. BGB zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg.

21 Der Beteiligte zu 1 kann den beantragten Erbschein nur dann beanspruchen, wenn die gesetzliche Erbfolge eingetreten ist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Erblasser eine hiervon abweichende letztwillige Verfügung getroffen hat. Eine solche kann der Erblasser in einem Testament oder aber in einem Erbvertrag niederlegen.

22 Es steht außer Streit, dass der Erblasser und die Beteiligte zu 2 einen solchen Erbvertrag am 02.05.2000 geschlossen haben. Auch der Beteiligte zu 1 geht offenbar

davon aus, dass dieser Erbvertrag wirksam zustande gekommen ist. Gegenteiliges trägt er nicht vor und ist auch sonst für den Senat nicht ersichtlich.

23 Der Beteiligte zu 1 macht jedoch geltend, dass der Erbvertrag gemäß §§ 2279, 2077 BGB mit der Ehescheidung zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 2 seine Wirksamkeit verloren hat. Gemäß § 2279 Abs. 1 BGB sind auf vertragsmäßige Zuwendungen in einem Erbvertrag die für letztwillige Verfügungen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Gemäß § 2077 Abs. 1 BGB ist eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, unwirksam, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist. Das gleiche gilt gemäß § 2077 Abs. 2 BGB, wenn der Erblasser seine letztwillige Verfügung zugunsten seines Verlobten getroffen hat, das Verlöbnis aber vor dem Eintritt des Todesfalls aufgelöst worden ist (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.02.2016, 20 W 322/14, BeckRS 2016, 9184 = ErbR 2016, 276). § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB findet auch dann Anwendung, wenn der Erblasser und die bedachte Person im Zeitpunkt der Testamentserrichtung verlobt waren und erst danach geheiratet haben (BayObLG, Beschluss vom 10.09.1992, 1 Z BR 68/92, NJW-RR 1993, 12 = FamRZ 1993, 362). Dagegen ist § 2077 BGB auf eine nichteheliche Lebensgemeinschaft ohne ernstliches Eheversprechen (Verlöbnis) nicht anwendbar (BayObLG, Beschluss vom 06.09.1983, 1 Z 53/83, FamRZ 1983, 1226 = MDR 1984, 145).

24 § 2077 BGB, der keine widerlegliche Vermutung für den Erblasserwillen dokumentiert, sondern eine dispositive Auslegungsregel für die in der Norm festgestellten Fallgruppen enthält (BayObLG, Beschluss vom 10.09.1992, 1 Z BR 68/92, NJW-RR 1993, 12 = FamRZ 1993, 362 m. w. N.; BGH, Urteil vom 29.10.1959, III ZR 107/58, FamRZ 1960, 28; OLG Celle, Beschluss vom 23.06.2003, 6 W 45/03, NJW-RR 2003, 1304 = FamRZ 2004, 310), ist seinem Wortlaut nach auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht unmittelbar anwendbar. Obgleich § 2077 BGB seinem Wortlaut nach auf das Bestehen einer Ehe oder eines Verlobnisses zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung abzustellen scheint, wird die Frage, ob die dort aufgestellte Auslegungsregel auch dann entsprechende Anwendung findet, wenn die Ehe erst nach Errichtung der letztwilligen Verfügung oder des Erbvertrages geschlossen worden ist, aber vor dem Zeitpunkt des Todes der Erblassers wieder geschieden worden ist (verneinend beispielhaft OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 07.07.2015, 20 W 16/15, BeckRS 2016, 6193; Beschluss vom 16.02.2016, 20 W 322/14, BeckRS 2016, 9184 = ErbR 2016, 276; OLG Celle, Beschluss vom 23.06.2003, 6 W 45/03, NJW-RR 2003, 1304 = FamRZ 2004, 310; OLG Schleswig, Beschluss vom 09.04.2009, 3 U 43/08, juris; a. A. noch BGH, Urteil vom 03.05.1961, V ZR 154/59, BeckRS 1961, 31348711). Der BGH-Entscheidung wird man mit dem OLG Frankfurt a. M. (Beschluss vom 07.07.2015, 20 W 16/15, BeckRS 2016, 6193) zwischenzeitlich entgegenhalten können, dass das Zusammenleben ohne Trauschein schon seit Langem zur gesellschaftlichen Normalität gehört und sich hieran nicht ohne Weiteres als Regelfall eine Eheschließung anschließen muss. Während die Ehe oder das sie vorbereitende Verlob-

nis im Allgemeinen auf eine lebenslange familienrechtliche Bindung ausgelegt sind, wird die nichteheliche Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau in der Regel ohne rechtliche Bindung und ohne bestimmte Dauer eingegangen (OLG Celle, Beschluss vom 23.06.2003, 6 W 45/03, NJW-RR 2003, 1304 = FamRZ 2004, 310). Daher kann einer letztwilligen Verfügung oder einem Erbvertrag bei nichtehelichen Lebenspartnern selbst dann, wenn sie späterhin die Ehe schließen nicht ohne Weiteres die Annahme eines besonderen partnerschaftlichen Bindungswillens unterstellt werden.

25 Vielmehr ist gemäß § 2084 BGB der tatsächliche Wille des Erblassers bei Errichtung des Testamentes oder Abschluss des Erbvertrages zu ermitteln (BGH, Urteil vom 03.05.1961, V ZR 154/59, BeckRS 1961, 31348711; BayObLG, Beschluss vom 10.09.1992, 1 Z BR 68/92, NJW-RR 1993, 12 = FamRZ 1993, 362). Es ist also zu ermitteln, ob der Erblasser, hätte er die spätere Trennung in Betracht gezogen, in gleicher Weise verfügt hätte. Dabei ist zunächst festzustellen, ob sich aus dem Testament/Erbvertrag hierfür ausdrückliche Anhaltspunkte ergeben. Das ist aus Sicht des Senates vorliegend nicht der Fall.

26 Ergeben sich solche nicht, ist der vermutliche hypothetische Erblasserwille zu ermitteln. Hierfür kann es bereits darauf ankommen, ob der Erblasser eine feste, dauerhafte Bindung bereits ins Auge gefasst hat oder seinen Partner nur gegenüber Erbansprüchen gesetzlicher Erben absichern wollte. Die Eheschließung zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 2 erfolgte erst 17 Monate nach Abschluss des Erbvertrages. Der Erbvertrag lässt aus seinem Wortlaut nicht erkennen, dass er in Vorbereitung der Eheschließung geschlossen worden wäre. Vielmehr hat die Beteiligte zu 2 vorgetragen, dass sie und der Erblasser zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrages noch nicht an eine Eheschließung gedacht hätten. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der Akte. Soweit der Beteiligte zu 1 auf die Scheidungsauseinandersetzung, eine Zugewinnausgleichsvereinbarung, den damit verbundenen Versorgungsausgleich, die Vermögenstrennung sowie schließlich auf das alleinige Sorgerecht des Erblassers verweist, könnten diese Umstände allenfalls als Anzeichen für einen bereits im Zeitpunkt des Erbvertragsschlusses bestehenden Willen des Erblassers gewertet werden. Allerdings vermögen diese Umstände nicht zu belegen, dass der Erblasser die Beteiligte zu 2 im Falle einer kommenden Trennung nicht auch als Erbin eingesetzt hätte. Eher das Gegenteil wird hierdurch angedeutet. Wenn die Parteien des Erbvertrages ihr Vermögen im Übrigen akribisch getrennt und auch sonst ihre nahehelichen Regelungen getroffen haben, steht die Vermutung nahe, dass sie, wäre dies ihr Wille gewesen, auch den Erbvertrag aufgehoben hätten. Dafür, dass der Erblasser nicht mehr in der Lage gewesen wäre, die Notwendigkeit eines solchen Handelns zur Umsetzung seines Willens nicht mehr zu erkennen, ergibt sich nach Aktenlage nichts.

27 Im Ergebnis des Vorgesagten hält es der Senat für überwiegend wahrscheinlich, dass es der Erblasser auch dann, wenn er am 02.05.2000 die wenigen Jahre später erfolgte

Trennung von der Beteiligten zu 2 vorhergesehen hätte, bei dem Erbvertrag belassen hätte und auch keine dem § 2077 Abs. 1 BGB nachgebildete Klausel in den Erbvertrag aufgenommen hätte.

28 Die Kostenentscheidung folgt aus § 84 FamFG.

29 Den Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren hat der Senat gemäß §§ 40, 61 GNotKG festgesetzt. Dabei hat der Senat die Differenz des reinen Nachlasses zum Pflichtteil des Beteiligten zu 1 berücksichtigt.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Benedikt Selbherr**, Weilheim i. OB

1. Sachverhalt

Der Beschluss des OLG Rostock behandelt eine interessante und durchaus praxisrelevante Frage zum Anwendungsbereich des § 2077 BGB, bietet aber keine befriedigende Lösung. Der Sachverhalt ist einfach und typisch: Der nicht verheiratete Erblasser schließt mit seiner Lebensgefährtin im Mai 2000 einen Erbvertrag, in dem sich die beiden gegenseitig zu Alleinerben einsetzen. Erben des Letztversterbenden sollen der gemeinsame Sohn – zu diesem Zeitpunkt drei Jahre alt – und die Tochter der Lebensgefährtin aus anderer Beziehung sein. Die Vertragsschließenden heiraten im Oktober 2001; im April 2004 wird die Ehe geschieden. Der Scheidung gingen – so das OLG in Rdnr. 26 – eine „Scheidungsauseinandersetzung, eine Zugewinnausgleichsvereinbarung, (ein) damit verbundene(r) Versorgungsausgleich (und) die Vermögenstrennung“ voraus; das alleinige Sorgerecht für den gemeinsamen Sohn wurde offenbar auf den Erblasser übertragen. Der Erblasser stirbt 2017. Streitig ist die Frage, ob der gemeinsame Sohn alleiniger gesetzlicher Erbe oder die (zum Zeitpunkt des Erbvertragsschlusses) Lebensgefährtin und (zwischenzeitlich geschiedene) Ehefrau des Erblassers aufgrund des Erbvertrags von 2001 alleinige gewillkürte Erbin geworden ist. Das OLG entscheidet in seinem merkwürdig kalten (und auch redaktionell nicht immer überzeugenden!) Beschluss auf gewillkürte Erbfolge zugunsten der geschiedenen Ehefrau.

2. § 2077 BGB und Testamentsauslegung

Trotz des Wortlauts in § 2077 Abs. 1 Satz 1 und § 2077 Abs. 2 BGB („ist unwirksam“) handelt es sich nach ganz überwiegender Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum um eine dispositive Auslegungsregel, nicht um eine gesetzliche Vermutung; dies ergibt sich klar aus § 2077 Abs. 3.² Die Auslegungsregel, die über § 2279 BGB auch für Erbverträge gilt, kommt gemäß der Bestimmung in

1 Wohl falsche Datumsangabe in Rdnr. 15, abbrechender Satz in Rdnr. 24, herausfordernde doppelte Verneinung in Rdnr. 26 letzter Satz.

2 BGH, Beschluss vom 02.04.2003, IV ZB 28/02, NJW 2003, 2095; BayObLG, Beschluss vom 13.11.2000, 1 Z BR 134/99, ZEV 2001, 190, 192; NK-BGB/Selbherr, 6. Aufl. 2022, § 2077 Rdnr. 1; Grüneberg/Weidlich, 81. Aufl. 2022, § 2077 Rdnr. 1.

Abs. 3 erst zur Anwendung, wenn die individuelle, ggf. ergänzende Auslegung der Erblassererklärung ohne Ergebnis bleibt.³ Diesen Grundsatz beherzigt das OLG Rostock nicht, wenn es in Rdnr. 23 und 24 die Anwendbarkeit von § 2077 BGB abhandelt, um sich erst dann in Rdnr. 25 und 26 der Auslegung des Erbvertrags zu widmen.

Die erläuternde Auslegung hält das Gericht knapp, weil sich der Erbvertrag – den Umständen zum Zeitpunkt seiner Errichtung geschuldet – zum Fall der Auflösung der Ehe nicht äußert. Anschließend ist gemäß OLG Rostock „der vermutliche hypothetische Erblasserwille zu ermitteln“ (Rdnr. 26). Ob es hier noch immer um die Ermittlung des mutmaßlichen wirklichen Willen des Erblassers oder darum geht, wie der Erblasser seine Verfügung inhaltlich gestaltet hätte, wenn er bei Errichtung des Erbvertrags die später eingetretene Entwicklung der für ihn relevanten Verhältnisse vorausschauend berücksichtigt hätte, also um seinen hypothetischen Willen, wird nicht recht deutlich. Nach Ansicht des OLG Rostock sollen jedenfalls die Tatsachen der Auflösung der Ehe des Erblassers, der „akribischen“ Vermögenstrennung im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung und des alleinigen Sorgerechts des Erblassers für den gemeinsamen Sohn „nicht (...) belegen, dass der Erblasser (seine Erbvertragspartnerin und nunmehr geschiedene Ehefrau) im Falle einer kommenden Trennung nicht auch als Erbin eingesetzt hätte.“ (Rdnr. 26). Diese Sichtweise erscheint – vorsichtig formuliert – nicht eben lebensnah. Unabhängig davon aber, welchen hypothetischen Willen des Erblassers man hier feststellen mag, wird man sich schwertun, in einen Erbvertrag, den Nichtverheiratete schließen, die Anknüpfung für eine Willensrichtung hin zu einer Regelung für den Fall der Auflösung einer (etwaigen) Ehe zu finden, die es fortzuschreiben gilt.⁴ Die ergänzende Auslegung kann insofern in der Tat nicht zu dem Ergebnis führen, dass der Erblasser zum Beispiel eine § 2077 Abs. 1 BGB entsprechende Anordnung für den Fall einer (etwaigen) Ehe getroffen hätte.

3. § 2077 BGB und nichteheliche Lebensgemeinschaft

(Erst) jetzt, aber nun umso dringlicher stellt sich die Frage, ob im vorliegenden Fall nicht § 2077 BGB zur Anwendung kommen kann. Die Norm nimmt letztwillige Verfügungen in den Blick, die für ein später eingetretene, nicht untypische Veränderung des Lebenssachverhalts keine Anordnung enthalten. Zutreffend handelt es sich daher um eine gesetzliche Regel der ergänzenden Testamentsauslegung.⁵ Die Anwendbarkeit dieser Auslegungsregel scheint indes mit der Tatsache zu kollidieren, dass der Erblasser

mit seiner Erbvertragspartnerin zum Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrags nicht verheiratet war.

Grundsätzlich herrscht Einigkeit, dass § 2077 BGB auf die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht anwendbar ist. Im Kern wird dies damit begründet, dass der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein formaler Statuswechsel fehle, an den man zur Bestimmung sowohl des Beginns, vor allem aber zur Bestimmung des Endes der Lebensgemeinschaft anknüpfen könne.⁶ Damit fehlt auch vom Wortlaut des § 2077 BGB her jedes Anknüpfungsmerkmal für die Anwendbarkeit der Norm bei gescheiterten nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Diesem Grundsatz schließt sich auch das OLG Rostock an.

4. § 2077 BGB bei Eheschließung nach Errichtung einer Verfügung von Todes wegen

Aus dem vorgenannten Ansatz zieht das OLG Rostock für den zu entscheidenden Fall indes den weiteren Schluss, § 2077 BGB sei nicht anwendbar, weil der Erblasser und die erbvertraglich Bedachte zum Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrags nicht verheiratet gewesen seien. Es stützt sich dabei maßgeblich auf zwei Beschlüsse des OLG Frankfurt a. M., die ebenso entschieden haben.⁷ Das einzige Argument des OLG Rostock in diesem Kontext ist in Anlehnung an das OLG Frankfurt a. M. das Anzweifeln einer für eine analoge Anwendung des § 2077 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften erforderlichen unbeabsichtigten Gesetzeslücke, da „das Zusammenleben ohne Trauschein schon seit langem zur gesellschaftlichen Normalität“ gehöre, an das sich „nicht ohne Weiteres als Regelfall eine Eheschließung anschließen muss“ (Rdnr. 24). Das ist sicher richtig, im konkreten Fall *hatte* sich aber eine Eheschließung angeschlossen. Letztlich beschränkt sich das OLG Rostock auf die pauschale Betrachtung der Frage, ob § 2077 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften analog anwendbar ist, untersucht aber nicht genauer die Folgen der späteren Eheschließung. Insbesondere arbeitet der Beschluss nicht hinreichend heraus, dass die Frage, ob § 2077 BGB die Ehe oder jedenfalls ein rechtswirksames Verlöbnis im Sinne des §§ 1297 ff. BGB zwischen dem Erblasser und der bedachten Person voraussetzt, höchstrichterlich nicht geklärt ist⁸ und in der Literatur durchaus unterschiedlich beurteilt wird.⁹ Eine Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Argumenten hätte möglicherweise zu einer anderen Entscheidung geführt.

3 Grüneberg/Weidlich, § 2077 Rdnr. 1.

4 Zu diesem im Einzelnen diffizilen, gleichsam objektiven Kriterium („Anknüpfung an Testament und Willensrichtung“), das der ergänzenden Auslegung Grenzen setzen soll, vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2084 Rdnr. 96-101; vgl. auch Horn/Kroiß/Horn, Testamentsauslegung, 2. Aufl. 2019, § 7 Rdnr. 132-139.

5 MünchKomm-BGB/Leipold, Vor § 2064 Rdnr. 3.

6 Statt aller BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.11.2021, § 2077 Rdnr. 3.

7 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 07.07.2015, 20 W 16/15, BeckRS 2016, 6193 Rdnr. 12; Beschluss vom 16.02.2016, 20 W 322/14, BeckRS 2016, 9184 Rdnr. 22.

8 So hat der BGH – vom OLG Rostock erwähnt – in seinem (möglicherweise auf heutige Fälle nicht ohne Weiteres übertragbaren) Urteil vom 03.05.1961, V ZR 154/59, FamRZ 1961, 364, nicht zwingend das Bestehen einer Ehe bei Errichtung einer Verfügung von Todes wegen für die Anwendbarkeit von § 2077 verlangt.

9 Vgl. DNotI-Gutachten in DNotI-Report 2018, 57 m. N.

Denn der Wortlaut des § 2077 Abs. 1 BGB gibt jedenfalls nicht vor, dass die eingesetzte Person schon bei der Vornahme der Verfügung die Ehegatteneigenschaft haben muss.¹⁰ Ebenso gut lässt sich § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB so verstehen, dass der Bedachte (nur) bei Eintritt des Erbfalls Ehegatte sein muss. Auch das gegen eine analoge Anwendung vorgebrachte Argument der Rechtsunsicherheit mangels brauchbarer Anknüpfungsmerkmale für § 2077 BGB greift nicht, weil sich jedenfalls das entscheidende Ende der Ehe nach Errichtung der Verfügung von Todes wegen klar feststellen lässt.

Vor allem aber erscheint es gerechtfertigt, die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen im Falle einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft bei *späterer Eheschließung* und nachfolgender Scheidung zu behandeln wie die Beendigung eines Verlöbnisses durch spätere Ehe und nachfolgender Scheidung, also § 2077 Abs. 1 BGB analog anzuwenden. Dafür lässt sich mit *Leipold*¹¹ anführen, dass die förmliche Verlobung in der Lebenswirklichkeit stark an Bedeutung verloren hat und sich durch die spätere Eheschließung die vorherige nichteheliche Lebensgemeinschaft als mit einem Verlobungszustand vergleichbare Situation erwiesen hat. Insbesondere erlaubt die spätere Eheschließung einen dem § 2077 BGB vergleichbaren Schluss auf die Verknüpfung zwischen Partnerschaft und Zuwendung. Somit macht die spätere Eheschließung auch eine praktisch kaum handhabbare Auseinandersetzung mit der Frage entbehrlich, ob die Verfügung von Todes wegen aus Anlass der Eheschließung bzw. des Verlöbnisses errichtet worden ist.¹²

Im Ergebnis ist bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften § 2077 BGB analog anzuwenden, wenn die Eheschließung erst nach Errichtung der Verfügung von Todes wegen erfolgt,¹³ was wohl auch im entschiedenen Fall zu einem sachgerechteren Ergebnis geführt hätte.

- 10 DNotl-Report 2018, 57, 59; a. A. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 07.07.2015, 20 W 16/15, BeckRS 2016, 6193 Rdnr. 12.
- 11 MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2077 Rdnr. 16 und 18 (anders noch die Voraufgabe).
- 12 So Staudinger/*Otte*, Neub. 2019, § 2077 Rdnr. 11; ihm folgend OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 07.07.2015, 20 W 16/15, BeckRS 2016, 6193 Rdnr. 13. Wie wenig hilfreich diese Sichtweise ist, zeigt gerade der hier behandelte Fall: Das Vorbringen der erbvertraglich bedachten geschiedenen Ehefrau in Rdnr. 13, zur Zeit der Errichtung des Erbvertrags sei „an eine Eheschließung nicht gedacht worden“, spricht mehr für eine solide anwaltliche Beratung, als dass es realistische Rückschlüsse auf die Situation im Jahr 2000 zulässt.
- 13 Ebenso Grüneberg/*Weidlich*, § 2077 Rdnr. 1 (wohl für direkte Anwendung); MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2077 Rdnr. 16; offen gelassen von NK-BGB/*Selbherr*, § 2077 Rdnr. 16.

12. Zur möglichen Unwirksamkeit einer Ersatzerbeinsetzung nach § 14 HeimG bzw. Art. 8 Bay PfleWoqG

OLG München, Beschluss vom 05.07.2021, 33 U 7071/20, mitgeteilt von **Holger Krätzschel**, Richter am OLG München

BGB §§ 139, 2085, 2195

HeimG § 14

ZPO §§ 62, 256

LEITSÄTZE:

(1.-3. nicht abgedruckt)

4. Geht es um die Frage, ob eine Ersatzerbeinsetzung gegen § 14 HeimG verstößt, setzt einen Verstoß voraus, dass zwischen dem Testierenden und dem Ersatzerben Einvernehmen im Hinblick auf die Zuwendung vorliegt (Anschluss an BayObLG, FamRZ 2001, 1170 und KG, ZEV 1998, 437).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Tatsächliche Feststellungen: Mit ihrer Klage vom 29.04.2020 begehrt die Klägerin (im Hauptantrag) Feststellung, wonach sie Alleinerbin der am 18.03.2014 verstorbenen Erblasserin geworden sei. Sie hält die Erbeinsetzung der Beklagten wegen Verstoßes gegen § 14 HeimG für nichtig. In ihrer Klageschrift ist sie der Ansicht, das gesamte Testament sei gemäß §§ 138, 139 BGB nichtig (...). Bei der Ersatzerbeinsetzung handele es sich ebenfalls um ein nichtiges Umgehungsgeschäft.

2 Sie beruft sich im Ergebnis auf die gesetzliche Erbfolge. Sie ist der Ansicht, dass das notarielle Testament der Erblasserin vom 30.04.2010 insgesamt nichtig sei.

3 In diesem Testament ordnete die Erblasserin unter anderem an:

„Ziffer II:

Frau U E bestimmt hiermit letztwillig:

1. Sie setzt zu ihrem alleinigen und ausschließlichen Erben ein die Stiftung L mit dem Sitz in K (A), eine rechtsfähige kirchliche Stiftung im Sinne des bürgerlichen Rechts gemäß Art. 1 Abs. 2 des bayerischen Stiftungsgesetzes (Stiftungsurkunde in Kopie ist formlos beigelegt).

2. Ersatzerbe soll sein die (...) Kirchengemeinde St M (Körperschaft des öffentlichen Rechts) in K (A) mit der Auflage, den Nachlass ausschließlich zu Modernisierung des W-Hauses Altenpflegeheim, F 9, in K, und zur Anschaffung von Therapieeinrichtung in diesem Heim zu verwenden.

Dem Erben wird zur Auflage gemacht, das Grab der Erblasserin auf die Dauer der öffentlichen Gräberruhe ordnungsgemäß und ortsüblich zu pflegen und instand zu halten.

3. Frau E schließt ihren Sohn R E und seinen Stamm von jeder Erbfolge nach ihr aus.“

4 Hilfsweise begehrt die Klägerin Zahlung von 22.805,61 € nebst Zinsen mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 01.04.2014. Zum Hilfsantrag führt die Klägerin aus, es handele sich insoweit um das rechtsgrundlos erlangte Erbschaftsguthaben (...).

5 Im Erbscheinserteilungsverfahren vor dem AG Kempten – Nachlassgericht – (5 VI 0409/14) lehnte das Nachlassgericht die Erteilung eines Erbscheins zugunsten des Sohnes R E mit Beschluss vom 23.06.2017 ab. Die dagegen gerichtete Beschwerde nahm der Beschwerdeführer nach Hinweis des OLG München (31 Wx 292/17) zurück.

(...)

7 Das LG hat die Klage mit Endurteil vom 12.11.2020 abgewiesen und sich im Wesentlichen darauf gestützt, dass ein Fall von § 14 HeimG nicht vorliege, weil die Beklagte nicht Trägerin bzw. Beschäftigte im Sinne des § 14 HeimG sei.

8 Gegen dieses Endurteil richtet sich die Berufung der Klägerin, die in der Berufungsinstanz beantragt (...):

9 1. Das am 12.11.2020 verkündete Endurteil des LG Kempten, 33 O 649/20 wird aufgehoben.

2. Es wird festgestellt, dass nicht die Beklagte und Berufungsbeklagte, sondern die Klägerin und Berufungsklägerin Erbin nach der am 21.07.1921 geborenen und am 18.03.2014 verstorbenen Erblasserin U E geworden ist.

3. Die Beklagte und Berufungsbeklagte wird verurteilt, an die Klägerin und Berufungsklägerin vorgerichtliche Anwaltskosten über 1.242,84 € nebst Zinsen mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 12.04.2020 zu bezahlen.

10 Hilfsweise beantragt die Klägerin,

4. Die Beklagte und Berufungsbeklagte wird verurteilt, an die Klägerin und Berufungsklägerin 22.805,61 € nebst Zinsen mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 01.04.2014 zu bezahlen.

5. Die Beklagte und Berufungsbeklagte wird verurteilt, an die Klägerin und Berufungsklägerin außergerichtliche Anwaltskosten über 1.442,84 € nebst Zinsen mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 12.04.2020 zu bezahlen.

11 Die Beklagte beantragt (...),

die Berufung zurückzuweisen.

12 Mit Hinweisbeschluss des Senats vom 06.04.2021 (...), auf den Bezug genommen wird, wurde die Klägerin darauf hingewiesen, dass und warum der Senat beabsichtigt, ihre Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen. Hierzu hat die Klägerin am 05.05.2021, am 18.05.2021 und am 08.06.2021 ergänzend vorgetragen (...).

(...)

Begründung:

14 Die Berufung der Klägerin ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO im Beschlusswege als unbegründet zurückzuweisen, da der Senat einstimmig davon überzeugt ist, dass die Berufung

offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats nicht erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

15 Der Senat hält das Urteil des LG jedenfalls im Ergebnis für offensichtlich zutreffend. Er nimmt auf das angefochtene Urteil Bezug. Bezug genommen wird ferner auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 06.04.2021, wonach er die Berufung im Sinne von § 522 Abs. 2 ZPO für unbegründet hält. Das weitere Vorbringen im Berufungsverfahren rechtfertigt keine davon abweichende Entscheidung.

16 I. Die Klage ist als positive Feststellungsklage zulässig, § 256 Abs. 1 ZPO, im Ergebnis aber unbegründet.

17 1. Das für die Zulässigkeit der positiven, auf Feststellung des eigenen Erbrechts gerichteten Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor, da das Erbrecht nach einer verstorbenen Person ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis darstellt (BVerfG, ZEV 2006, 74; BGH, ZEV 2010, 468; NK-Erbrecht/Krätzschel, 2. Aufl. 2019, § 256 ZPO Rdnr. 12).

18 2. Soweit die Klägerin darüber hinaus mit ihrer Klage die (negative) Feststellung begehrt, die Beklagte sei ihrerseits nicht Erbin der am 18.03.2014 verstorbenen Erblasserin geworden, legt der Senat den Klageantrag der Klägerin dahin aus, dass es sich insoweit (lediglich) um die Kehrseite ihres positiven Feststellungsantrages handelt. Soweit eine Erbenstellung der Klägerin bestünde, wäre die Beklagte nicht Erbin. Allerdings besteht für den Fall, dass die Klägerin nicht Erbin der am 18.03.2014 verstorbenen Erblasserin geworden ist, kein weitergehendes Feststellungsinteresse der Klägerin an der Feststellung, dass die Beklagte ihrerseits nicht Erbin geworden ist, denn diese Feststellung würde dann nicht mehr das konkrete Rechtsverhältnis zwischen Klägerin und Beklagter betreffen; eine inter-omnes-Wirkung kommt nicht in Betracht. Mithin wäre eine solche negative Feststellungsklage bereits unzulässig und deswegen abzuweisen. Der Senat legt den klägerischen Antrag daher im vorgenannten Sinne aus.

19 3. Der Zulässigkeit dieser Feststellungsklage steht dabei ebenfalls nicht entgegen, dass ein Urteil im streitigen Verfahren nur zwischen den Parteien wirkt und keine Bindungswirkung für das Erbscheinsverfahren mit seinen weiteren Beteiligten, hier namentlich der Ersatzerbin, hat (BGH, a. a. O.). Insoweit teilt der Senat die Ansicht des BGH (a. a. O.), dass dies in die Risikosphäre des Erbprätendenten fällt, der mit seiner Klage nicht alle übrigen Erbprätendenten verklagt.

20 II. Die Klage ist aber unbegründet, da das klageabweisende Urteil jedenfalls im Ergebnis richtig ist. Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte die am 18.03.2014 verstorbene Erblasserin beerbt hat, da feststeht, dass die Klägerin die Erblasserin jedenfalls nicht beerbt hat.

21 Eine entscheidungserhebliche Rechtsverletzung durch das Erstgericht ist nicht festzustellen.



22 1. Seiner Rechtsauffassung legt der Senat folgende allgemeine Grundsätze zugrunde:

23 Im Hinblick auf den Prüfungsumfang bei der Feststellungsklage und die Auswirkungen der teilweisen Nichtigkeit testamentarischer Verfügungen

– Bei der Feststellungsklage kennzeichnet regelmäßig das behauptete (materielle) Recht den Streitgegenstand: Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich hierbei um ein absolutes Recht handelt, da ein solches die Möglichkeit ausschließt, „dass dem (beklagten) Rechtssubjekt ein zweites Recht mit demselben Inhalt zustehen könnte“ (Zöller/*Vollkommer*, ZPO, 33. Aufl. 2020, Vor Rdnr. 76).

– Während nach § 139 BGB die Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts in der Regel zur Gesamtnichtigkeit führt, bestimmt § 2085 BGB umgekehrt, dass die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen die Wirksamkeit der übrigen Verfügungen grundsätzlich nicht berührt (MünchKomm-BGB/*Leipold*, 8. Aufl. 2020, § 2085 BGB Rdnr. 1).

– § 2085 BGB wird auch auf einzelne Verfügungen angewandt, die vom Gegenstand her (quantitativ) teilbar sind. Die Vorschrift kann zum Beispiel dann zum Tragen kommen, wenn die Einsetzung des Heimträgers gegen § 14 HeimG verstößt, aber zugleich ein Ersatzerbe bestimmt ist, der zum Zuge kommt, weil die Verfügung nur insoweit nichtig ist, als sie gegen das gesetzliche Verbot verstößt (Firsching/*Graf/Krätzschel*, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 9 Rdnr. 26).

– Der allgemeine Grundsatz der rechtlichen Unabhängigkeit mehrerer in einem Testament oder Erbvertrag enthaltener Verfügungen gilt auch für die Auflage: Die Unwirksamkeit der Auflage hat grundsätzlich nicht die Unwirksamkeit der beschwerten Zuwendung (Erbeinsetzung oder Vermächtnis) zur Folge, sofern sich nicht ausnahmsweise aus dem Willen des Erblassers anderes ergibt, § 2195 BGB (BeckOGK-BGB/*Grädler*, Stand: 01.02.2021, § 2195 Rdnr. 1).

24 Im Hinblick auf § 14 HeimG:

– Eine Umgehung der Verbotsvorschrift des § 14 HeimG/ Art. 8 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 Bay PflWoqG kann vorliegen, wenn durch die gewählte rechtliche Gestaltung der Tatbestand des Verbotsgesetzes selbst nicht erfüllt ist, aber dennoch der von ihm verbotene Erfolg herbeigeführt wird (vgl. BGH, NJW 1991, 1060, 1061; BayObLGZ 2000, 48, 56).

– Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn die verbotene Zuwendung nicht an den Verbotsadressaten selbst, sondern an eine ihm nahestehende oder sonst verbundene Person geht und dadurch eine mittelbare bzw. indirekte Begünstigung des Verbotsadressaten erfolgt. Diese Gegebenheiten können vorliegen bei einer mittelbaren bzw. indirekten Zuwendung an die im Gesetz genannten Verbotsadressaten über ihnen nahestehende Angehörige (vgl. BayObLGZ 2000, 36, 46; BayObLG, FamRZ 2001, 1170) oder an den geschäftsführenden Alleingesellschafter einer GmbH, die Trägerin eines Heims im Sinne des § 1 HeimG ist (vgl. BayObLGZ 2000, 36, 41; BayObLGZ 2003, 136, 139).

– Allerdings berührt auch die analoge Anwendung von § 14 Abs. 1 HeimG auf Umgehungstatbestände die allgemeine Handlungsfreiheit und Privatautonomie des Erblassers und den Grundsatz der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG); daher sind ihr – insbesondere bei letztwilligen Verfügungen – enge Grenzen gesetzt (vgl. BayObLGZ 1991, 251; NJW 2000, 1959, 1961).

– Testamentarische Zuwendungen zugunsten des Heimträgers oder eines Heimmitarbeiters sind wegen der gesetzlichen Formulierung in § 14 Abs. 1 HeimG („gewähren lassen“) nur dann unwirksam, wenn sich der Eintritt des Vermögensvorteils auf ein Einvernehmen zwischen dem Testierenden und dem Bedachten gründet (KG, ZEV 1998, 437; Burandt/Rojahn/*Müller-Engels*, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 14 HeimG Rdnr. 12).

– Erforderlich ist deswegen, dass zu der einseitigen Willenserklärung des Testierenden das Einverständnis des Bedachten mit der Zuwendung hinzutritt oder ein entsprechendes Verlangen vorangegangen ist (KG, a. a. O.). Hat der Heimträger bspw. von einer einseitigen testamentarischen Zuwendung zu seinen Gunsten erst nach dem Tod des Erblassers Kenntnis erlangt, ist die letztwillige Verfügung nicht wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 HeimG unwirksam (BayObLGZ 1991, 251; FamRZ 1992, 975; 1993, 1143; *Grziwotz*, FamRB 2020, 417, 420).

25 Im Hinblick auf die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen:

– Bei der Testamentsauslegung gemäß § 133 BGB kommt es auf den wirklichen Willen des Erblassers an, ohne am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGH, ZEV 1997, 376; FamRZ 2012, 26; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 8. Aufl. 2020, § 2084 Rdnr. 1; Burandt/Rojahn/*Czubayko*, Erbrecht, § 2084 Rdnr. 9; Firsching/*Graf/Krätzschel*, Nachlassrecht, § 9 Rdnr. 11; NK-Erbrecht/*Fleindl*, 5. Aufl. 2018, § 2084 Rdnr. 3).

– Grundsätzlich ist bei nicht eindeutigen und daher auslegungsbedürftigem Testamentswortlaut gemäß §§ 133, 2084 BGB nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Vielmehr ist der Wortsinn der vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten sagen wollte und ob er mit ihnen genau das unmissverständlich wiedergab, was er zum Ausdruck bringen wollte (BGHZ 86, 45; NJW 1993, 256).

26 2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze erweist sich die Entscheidung durch das Erstgericht im Ergebnis als richtig:

27 Die Klägerin könnte mit ihrer Klage nur dann erfolgreich sein, wenn folgende Bedingungen kumulativ vorlägen:

- Die Erbeinsetzung der Beklagten ist nichtig.
- Die Ersatzerbeinsetzung der (...) Kirchengemeinde ist ebenfalls nichtig.
- Die Enterbung des Sohnes der Erblasserin ist wirksam.
- Das Testament enthält keinen vollständigen Ausschluss der gesetzlichen Erbfolge.

28 Fehlt es nur an einer dieser Voraussetzungen, wäre die Klägerin nicht als Erbin berufen und ihre Klage abzuweisen. Das ist hier der Fall, da jedenfalls die Ersatzerbeneinsetzung wirksam ist und die Klägerin von der Erbfolge nach der Erblasserin ausschließt.

29 a) Prüfungsmaßstab für das erkennende Gericht ist das Testament der Erblasserin vom 30.04.2010 mit seinem gesamten Inhalt. Insbesondere reduzieren sich der Prüfungsmaßstab und der Prüfungsumfang nicht aufgrund der dem Zivilprozess eigenen Relativität von Prozessrechtsverhältnissen. Zwar hat der BGH (ZEV 2010, 468) entschieden, dass mehrere Erbprätendenten keine notwendigen Streitgenossen im Sinne des § 62 ZPO sind, sodass eine Klage auch dann zulässig ist, wenn sie nur gegen einzelne (und nicht alle) Erbprätendenten erhoben wird, was zur Folge haben kann, dass im Verhältnis mehrerer Erbprätendenten das Erbrecht unterschiedlich festgestellt wird. Das besagt jedoch nichts zu der Frage, welchen Prüfungsmaßstab und vor allem welchen Prüfungsumfang das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen darf bzw. muss. Soll sich die behauptete Erbenstellung – wie im vorliegenden Fall – aus der Unwirksamkeit einer testamentarischen Erbeinsetzung ergeben, geht der gesetzlichen Erbfolge jede wirksame Erbeinsetzung in dem Testament vor und muss auch dann zur Klageabweisung führen, auch wenn sie nicht das konkrete Prozessrechtsverhältnis betrifft.

30 Das folgt im konkreten Fall auch aus folgender Überlegung: Zwar nimmt die Klägerin für sich in Anspruch, dass das gesamte Testament gemäß §§ 138, 139 BGB nichtig sein soll (...).

31 Wenn das aber richtig wäre, d. h. das Testament vom 30.04.2010 wäre insgesamt nichtig, dann wäre die Klage schon unschlüssig, weil die Klägerin nicht Erbin wäre, denn ihr ginge der Sohn der Erblasserin als Abkömmling und damit gesetzlicher Erbe erster Ordnung (§ 1924 Abs. 1, 2 BGB) vor, der in dem fraglichen Testament gerade enterbt worden ist. Eine (beschränkte) Auslegung des Testaments danach, welche Rechtsfolgen der Klägerin günstig sind und welche nicht, kommt aber ersichtlich nicht in Betracht.

32 Deshalb kann die Klage nur dann Erfolg haben, wenn die oben genannten Bedingungen kumulativ vorliegen, was jedoch nicht der Fall ist.

33 b) Dabei hätte die – unterstellte – Unwirksamkeit der Erbeinsetzung der Beklagten auch nicht die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen zur Folge. Im Gegensatz zum sonstigen bürgerlichen Recht, bei dem im Zweifel die Unwirksamkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts die Unwirksamkeit des übrigen Rechtsgeschäfts zur Folge hat (§ 139 BGB), ist dies im Erbrecht gerade umgekehrt: Im Zweifel führt die Unwirksamkeit einer Verfügung gerade nicht zur Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen, denn im Erbrecht geht es in erster Linie darum, den Willen des Erblassers so weit wie möglich zu verwirklichen. Deswegen ist anerkannt, dass § 2085 BGB auch dann eingreift, wenn nur Teile einer einzelnen Verfügung unwirksam sein sollten.

34 c) Deshalb kann für die Entscheidung des Senats im Ergebnis dahinstehen, ob die Erbeinsetzung der Beklagten

wirksam oder wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 HeimG nichtig ist, denn die Nichtigkeit dieser Erbeinsetzung hätte nicht die Nichtigkeit der übrigen testamentarischen Verfügungen zur Folge. Und die Erbeinsetzung der Ersatzerbin ist – worauf bereits der 31. Zivilsenat des OLG München mit Beschluss vom 16.10.2017 hingewiesen hatte – auch nach Ansicht des erkennenden Senats wirksam.

35 Voranzustellen ist, dass die Klägerin mit ihrem Vortrag in den Schriftsätzen vom 5.5.2021, vom 18.5.2021 und vom 8.6.2021, in denen sie insbesondere zur Haltung der Erblasserin gegenüber der evangelischen Kirche, der Organisationsstruktur der (...) Kirche in Bayern und personellen Verbindungen umfangreich (neu) vorträgt, präkludiert ist.

36 aa) Die Klägerin verkennt offensichtlich, dass die auf einen Hinweis gemäß § 522 Abs. 2 ZPO eingeräumte Frist zur Stellungnahme nicht etwa eine Art „zweite Berufungsbegründung“ ermöglicht, denn die Berufungsbegründungsfrist gemäß § 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist abgelaufen. Soweit sie in ihren Stellungnahmen vom 05.05.2021 und 18.05.2021 umfangreich neu vorträgt, ist dieses Vorbringen gemäß §§ 530, 296 Abs. 1 ZPO verspätet und mithin zwingend zurückzuweisen, da die Zulassungsvoraussetzungen nach § 296 Abs. 1, 4 ZPO weder dargelegt noch glaubhaft gemacht sind (Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 42. Aufl. 2021, § 530 Rdnr. 4; MünchKomm-ZPO/Rimmelspacher, 6. Aufl. 2020, § 522 Rdnr. 29). Darauf hatte der Senat als nobile officium auch bereits in seinen „Allgemeinen Verfahrenshinweisen“ ausdrücklich aufmerksam gemacht.

37 bb) Darüber hinaus wäre dieser Tatsachenvortrag auch deswegen in der Berufung unbeachtlich, da die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Satz 3 ZPO nicht dargetan sind und er deswegen nicht zuzulassen ist. Das ergibt sich aus Folgendem:

38 (1) Nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zuzulassen, wenn sie im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht. Nachlässigkeit fällt einer Partei insbesondere zur Last, wenn sie gegen die ihr gemäß § 282 ZPO obliegende Prozessförderungspflicht verstoßen hat. Danach hat jede Partei ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden, so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Dabei hat die Partei auch leichte Fahrlässigkeit zu vertreten (zum Beispiel Zöller/Heßler, ZPO, § 531 Rdnr. 30). Behauptet der Berufungsführer, neue Tatsachen oder Beweismittel seien ihm erst nach Schluss der ersten Instanz bekannt geworden, hat er zur Vermeidung des Vorwurfs der Nachlässigkeit darzulegen, warum er sich nicht früher um entsprechende Kenntnis bemüht hat (KG, MDR 2003, 471). Diese Anforderungen sind auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Entsprechend der allgemeinen Prozessförderungspflicht des Zivilprozesses ist die Partei gehalten, ihr günstigen Vortrag in gesammelter Form und zeitnah so bald als möglich in den Rechtsstreit einzuführen, um diesen einer möglichst umfassenden und sachlich richtigen Entschei-

dung zuzuführen. Dazu gehört auch die Darlegung, warum das neue Beweismittel nicht vorher hätte ermittelt werden können (BVerfG, NJW 2005, 1768). Im Übrigen kann fehlende Nachlässigkeit nicht damit begründet werden, die Recherche sei erst in der Berufungsinstanz durchgeführt worden. Darzulegen ist vielmehr, warum diese Recherche auch bei sorgfältiger Prozessführung in erster Instanz (noch) nicht veranlasst war (BGH, BeckRS 2013, 17405). Danach verletzt eine Partei ihre Sorgfaltspflicht auch dann, wenn sie im ersten Rechtszug entscheidungserhebliches Material nicht vorbringt, dessen Existenz und Entscheidungserheblichkeit für den Rechtsstreit sie dort kannte oder hätte kennen müssen und zu dessen Vorbringen sie dort auch imstande war (MünchKomm-ZPO/Rimmelspacher, 6. Aufl. 2020, § 531 Rdnr. 28).

39 (2) Die Klägerin selbst hat in ihrer Klageschrift vom 29.04.2020 (...) vorgetragen, dass die Ersatzerbeneinsetzung „geradezu mustergültig einen Zufluss der verbotenen Zuwendung an den verfahrensgegenständlichen Heimträger bedeutet“. Sie wusste also bereits bei Klageerhebung, dass die Frage der Ersatzerbeneinsetzung entscheidungserheblich sein könnte, da die wirksame Ersatzerbeneinsetzung einer Erbenstellung der Klägerin aufgrund gesetzlicher Erbfolge vorginge.

40 Alle Vorgänge, auf die sich die Klägerin in den neuen Schriftsätzen vom 05.05.2021, 18.05.2021 und 08.06.2021 bezieht, insbesondere die Umstände, die zur Errichtung des streitgegenständlichen Testaments geführt haben, zur Organisationsstruktur der Diakonie und der (...) Kirche in Bayern und zur Haltung der Erblasserin zur evangelischen Kirche lagen bereits in erster Instanz zutage, sodass es sich jedenfalls nicht um nachträglich bekannt gewordene Angriffsmittel handelt. Da die Klägerin diese Umstände jedenfalls kannte oder ihr eine Beschaffung zumutbar gewesen wäre, hätte sie diese entsprechend anbringen können. Dass dies nicht erfolgt ist, beruht im Ergebnis auf einer Nachlässigkeit der Partei, sodass der neue Tatsachenvortrag auch insoweit nicht zuzulassen ist.

41 d) Selbst wenn man aber den gesamten Vortrag der Klägerin zulassen würde, führte er zu keiner abweichenden rechtlichen Beurteilung.

42 aa) Bei der von der Erblasserin als Ersatzerbin eingesetzten Kirchengemeinde handelt es sich jedenfalls nicht um den Träger der Einrichtung, in der die Erblasserin untergebracht war, sodass die Ersatzerbin nicht Adressatin des Verbots des § 14 Abs. 1 HeimG ist. Mithin ist schon der persönliche Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet, sodass im Ergebnis auch kein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vorliegt.

43 bb) Selbst wenn man – wie die Klägerin – davon ausgeht, die Erblasserin habe mit der Berufung der Ersatzerbin einen möglichen Konflikt mit § 14 Abs. 1 HeimG lösen oder umgehen wollen, würde das am vorgenannten Ergebnis nichts ändern.

44 (1) Die Erblasserin hat im notariellen Testament vom 30.04.2010 den Ersatzerben mit einer Auflage im Sinne des § 1940 BGB beschwert. Wesensmerkmal einer erbrechtli-

chen Auflage ist aber, dass der Beschwerter zu einer Leistung verpflichtet ist, ohne dass dem anderen ein Recht auf die Leistung zusteht. Diesem Charakter der erbrechtlichen Auflage trägt sodann die Regelung des § 2195 BGB Rechnung, nach der die – hier zugunsten der Klägerin unterstellte – Unwirksamkeit der Auflage nicht die Wirksamkeit der Zuwendung berührt.

45 Der Senat ist davon überzeugt, dass die Erblasserin die Zuwendung auch dann getroffen haben würde, wenn sie gewusst hätte, dass die Auflage – unterstellt – unwirksam ist.

46 (2) Dem gesamten Testament lässt sich die Willensrichtung der Erblasserin entnehmen, ihr – bescheidenes – Vermögen karitativen Zwecken zuführen zu wollen. Das zeigt sich einerseits an den exakten Verwendungszwecken, die die Erblasserin angeordnet hat und andererseits auch am kategorischen Ausschluss ihres Sohnes (und seines Stammes) von der Erbfolge. Dass die Erblasserin vor diesem Hintergrund gewollt haben könnte, dass die – unterstellte – Unwirksamkeit der Auflage auch die Unwirksamkeit der Erbeninsetzung nach sich zieht und infolge dessen – durch den weiterhin wirksamen Ausschluss des eigenen Sohnes und seines Stammes von der Erbfolge – gesetzliche Erbfolge eintritt und eine entfernte Verwandte als Erbin berufen ist, hält der Senat für ausgeschlossen. Deswegen erscheint es auch nicht naheliegend, dass die Erblasserin einen anderen Ersatzerben berufen oder die Ersatzerbenberufung gänzlich unterlassen hätte, wenn sie die mögliche (und hier unterstellte) Nichtigkeit der Auflage bedacht hätte; jedenfalls ist der Senat nicht davon überzeugt, da sich entsprechende Anhaltspunkte im Testament finden noch aus den sonstigen Umständen ergeben.

47 Es erscheint dem Senat vielmehr nachvollziehbar und plausibel, dass sich ein Erblasser insbesondere darüber Gedanken macht, wer nach seinem Ableben sein Grab pflegt. Allein die Tatsache, dass die Erblasserin aus der (...) Kirche ausgetreten sein soll (...), ist vor diesem Hintergrund als Indiz nicht von hinreichendem Gewicht. Vielmehr spricht der Wunsch nach Grabpflege dafür, dass die Erblasserin an dieser Ersatzerbeneinsetzung in jedem Falle festgehalten hätte, hätte sie eine mögliche Nichtigkeit der von ihr verfügbaren Auflage bedacht. Durch die Enterbung ihres Sohnes und seines Stammes hat die Erblasserin nämlich zugleich zum Ausdruck gebracht, dass sie diesem die Grabpflege nicht anvertrauen möchte. Dass sie vor diesem Hintergrund einer weiter entfernten Verwandten, die noch dazu in Berlin lebt, die mit der Erbeninsetzung verbundene Grabpflege anvertrauen wollte, ist fernliegend.

48 (3) Deswegen ergibt sich auch aus dem von der Klägerin vorgetragene Austritt des Sohnes der Erblasserin aus der (...) Kirche zu Schulzeiten (also unter Verantwortung der Erblasserin) nichts anders. Es mag auch sein, dass die Erblasserin aus der (...) Kirche ausgetreten war. Aber es ist ohne Weiteres denkbar, dass vor ihrem Tode wieder eine Hinwendung stattfand; aus den Umständen der Vergangenheit lassen sich mithin keine zwingenden Rückschlüsse auf ihren wahren Willen im Hinblick auf die Testierung ziehen.

49 (4) Soweit die Klägerin in einem weiteren Schriftsatz vom 18.05.2021 bzw. erneut vom 08.06.2021 vorträgt, eine (...) Kirchengemeinde S M (Körperschaft des öffentlichen Rechts) in K (A) mit eigener Rechtspersönlichkeit gäbe es nicht, maßgeblich seien die bestehenden Dekanatsbezirke, führt dies zu keiner abweichenden rechtlichen Beurteilung.

50 Im Hinblick auf die Ersatzerbeneinsetzung ist – ggf. im Wege der Auslegung – zu klären, wer konkret als Ersatzerbe berufen sein soll. Maßgeblich ist wie stets der Wille des Erblassers, ohne am konkreten Wortlaut zu haften. Es lässt sich somit im Wege der Auslegung ermitteln, dass die Erblasserin im Zweifel diejenige Kirchengemeinde als Ersatzerbin berufen hat, deren Kirche sich im entsprechenden Gemeindegrenzen befindet. Ob es sich insoweit um eine eigenständige juristische Person oder um einen Teil einer anderen juristischen Person handelt, dürfte für die Erblasserin ohne Belang gewesen sein. Dieses Ergebnis wird gestützt durch § 2072 BGB, der bei einer an sich unpräzisen Bezeichnung durch den Erblasser im Hinblick auf die Zuwendungsempfänger die örtliche Armenkasse der Gemeinde als Bedachten ansieht. Überträgt man diese Grundsätze, erweist sich die Ersatzerbeneinsetzung als wirksam.

51 cc) Schließlich verkennt die Klägerin, dass die eingesetzte Ersatzerbin keine Kenntnis von ihrer Berufung hatte, sodass auch aus diesem Grunde § 14 Abs. 1 HeimG ihrer Einsetzung nicht entgegensteht.

52 Umstände im Hinblick auf eine Kenntnis bei der Ersatzerbin, auf die bei der Frage nach einem Umgehungsgeschäft abzustellen wäre, hat die Klägerin aber weder in erster noch in zweiter Instanz vorgetragen. Nach ihrem Vortrag war es der Zeuge S, der die Errichtung des notariellen Testaments initiiert hatte. Warum sich die (...) Kirche indes ein – unterstelltes – Wissen des Zeugen S zurechnen lassen müsste, wird wieder vorgetragen noch ist dies sonst ersichtlich. Auch aus diesem Grunde bliebe (auch) die Einsetzung der Ersatzerbin wirksam.

53 Selbst wenn man also zugunsten der Klägerin eine Unwirksamkeit der Auflage im Rahmen der Ersatzerbenberufung annähme, berührte dies die Wirksamkeit der Erbenberufung als solche nicht, sodass die Ersatzerbin die Klägerin in jedem Falle von der Erbfolge verdrängen würde. Fiele also die Beklagte als Erbin weg, träte die Ersatzerbin mit ex-tunc-Wirkung an deren Stelle, die Klägerin wäre (weiterhin) von der Erbfolge ausgeschlossen.

54 dd) Deswegen kann im Ergebnis und für das hier zu beurteilende Prozessrechtsverhältnis dahinstehen, ob die Einsetzung der Beklagten wirksam ist oder nicht, da die Klägerin jedenfalls schon deshalb nicht Erbin geworden ist, weil die Einsetzung der Ersatzerbin wirksam ist.

55 3. Da die Klägerin nicht Erbin geworden ist, kann auch der Hilfsantrag keinen Erfolg haben.

56 Das LG hat die Klage deswegen im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

57 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit erfolgte gemäß § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

58 Der Streitwert war gemäß § 45 Abs. 1 Satz 2 und 3 GKG festzusetzen, ohne dass es zu einer Addition der Werte von Haupt- und Hilfsantrag kam, da die Ansprüche denselben Gegenstand (Erbrecht der Klägerin nach der Erblasserin) betreffen.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

13. Keine Zweifel an Vermögenslosigkeit der GmbH bei Möglichkeit einer Aufhebung der Steuerfestsetzung

BGH, Beschluss vom 09.11.2021, II ZB 1/21 (Vorinstanz: OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.12.2020, 12 W 2991/20)

§ 74 Abs. 1 Satz 2 GmbHG

LEITSATZ:

Die Möglichkeit einer Änderung oder Aufhebung der Steuerfestsetzung bis zum Ablauf der Festsetzungsfrist, ggf. nach Durchführung einer Außenprüfung, begründet für sich genommen keine Zweifel an der Vermögenslosigkeit der Antragstellerin.

14. Umfang der Prüfungsbefugnis des Registergerichts hinsichtlich einer eingereichten Gesellschafterliste

OLG Oldenburg, Beschluss vom 26.07.2021, 12 W 71/21 (HR)

FamFG § 58 Abs. 1, § 382 Abs. 4 Satz 2

GesLV § 1 Abs. 2, 3 und 4

GmbHG § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und 4

LEITSÄTZE:

- 1. Verfügungen des Registergerichts, mit denen dieses eine nach § 40 GmbHG eingereichte Gesellschafterliste beanstandet und zur Hergabe einer korrigierten Fassung auffordert, stellen keine nach § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG anfechtbare Zwischenverfügungen dar. Es handelt sich vielmehr um Endentscheidungen, mit denen die Aufnahme der tatsächlich eingereichten Liste abgelehnt wird. Diese sind mit der Beschwerde nach § 58 Abs. 1 FamFG anfechtbar.**
- 2. Die Prüfungsbefugnis des Registergerichts, ob die eingereichte Gesellschafterliste den formellen Anforderungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entspricht, umfasst auch die Prüfung, ob die Vorgaben der am 01.07.2018 in Kraft getretenen Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (GesLV) eingehalten werden.**
- 3. Die am 01.07.2018 in Kraft getretene Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (GesLV) hat mit § 1 Abs. 2 den Grundsatz der Nummerierungskon-**

tinuität eingeführt. Seitdem ist eine Abänderung der Nummerierung der Geschäftsanteile nur noch in den durch die Verordnung bestimmten Fällen zulässig.

4. Die bloße Übertragung bestehender Geschäftsanteile auf neue Gesellschafter rechtfertigt eine Neu Nummerierung der Geschäftsanteile nicht.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit der vorliegenden Beschwerde wendet sich der beteiligte Notar gegen die Beanstandung einer von ihm nach § 40 Abs. 2 GmbHG erstellten Gesellschafterliste durch das Registergericht.

2 Das Stammkapital der verfahrensbetroffenen Gesellschaft beträgt 25.000 €, welches in insgesamt 500 Geschäftsanteile zum Nennbetrag von jeweils 50 € aufgeteilt ist. Ursprünglich hatte die Gesellschaft mit den Herren CC und DD zwei Gesellschafter. Der Gesellschafter CC hielt 255 Geschäftsanteile zum Gesamtnennwert von 12.750 € und der Gesellschafter DD 245 Geschäftsanteile zum Gesamtnennwert von 12.250 €. Mit Geschäftsanteilsübertragungs- und abtretungsvertrag vom 19.3.2021 (UR-Nr. [...] des beteiligten Notars) übertrugen diese Gesellschafter jeweils einen Teil ihrer Geschäftsanteile auf drei neu in die Gesellschaft eintretende Gesellschafter. Ferner wurde ein neuer Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt.

3 Letzteres hat der neue Geschäftsführer mit beglaubigter Erklärung vom 19.03.2021 (UR-Nr. [...] des beteiligten Notars) zur Eintragung in das Register angemeldet. Mit dieser Anmeldung wurde zugleich eine neue von dem beteiligten Notar erstellte und unterzeichnete Gesellschafterliste eingereicht, welche die Verteilung der Geschäftsanteile auf die nunmehr fünf Gesellschafter dokumentiert. Hierbei wurde die ursprüngliche Nummerierung der Geschäftsanteile von 1 bis 500 durch eine neue fortlaufende Nummerierung der Anteile mit den Nummern 501 bis 1000 ersetzt.

4 Mit Verfügung vom 25.03.2021 hat das Registergericht u. a. beanstandet, dass die übersandte Gesellschafterliste nicht die Kontinuität der Nummerierung der Geschäftsanteile nach § 1 Abs. 2 GesLV einhalte und um Hergabe einer berechtigten Gesellschafterliste gebeten. Der beteiligte Notar hat hierauf gegenüber dem Registergericht die Ansicht vertreten, dass es sich bei der eingereichten Liste um eine Bereinigungsliste handele, bei der die Geschäftsanteile zur Vermeidung von Unübersichtlichkeit neu nummeriert worden seien.

5 Mit Verfügung vom 27.04.2021 hat das Registergericht an seiner Beanstandung festgehalten. Eine Unübersichtlichkeit der Nummerierung der Geschäftsanteile durch die erfolgten Übertragungen sei nicht ersichtlich, sodass eine komplette Neuvergabe der Nummern nicht in Betracht komme. Erneut wurde um Hergabe einer korrigierten Liste gebeten.

6 II. Die Beschwerde des beteiligten Notars ist statthaft. Die Statthaftigkeit folgt vorliegend allerdings nicht, wie vom Beschwerdeführer angenommen, aus § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG. Die angefochtenen Verfügungen des Registerge-

richts, mit denen dieses die eingereichte Gesellschafterliste beanstandet und zur Hergabe einer korrigierten Fassung auffordert, stellen entgegen ihrem ersten Anschein keine Zwischenverfügungen im Sinne von § 382 Abs. 4 Satz 1 HGB dar. Mit der Zwischenverfügung können fehlerhafte aber heilbare Eintragungsanträge beanstandet werden, wodurch die Möglichkeit gewahrt bleibt, die angemeldete Eintragung vollziehen zu können, ohne den Eintragungsantrag wegen heilbarer Mängel zurückweisen zu müssen. Die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG wird jedoch nicht zur Eintragung in das Register angemeldet (vgl. Keidel/Heinemann, FamFG, 20. Aufl., § 382 Rdnr. 21). Die Gesellschafterliste, deren Errichtung nach § 40 GmbHG entweder den Geschäftsführern der Gesellschaft oder dem mitwirkenden Notar obliegt, wird vom Registergericht – quasi als „Verwahrstelle“ (vgl. BGHZ 191, 84, juris Rdnr. 10) – lediglich entgegengenommen und gemäß § 9 HRV in einem Registerordner aufgenommen und dort abrufbar gehalten. Soweit das Gericht diese Entgegennahme durch eine Beanstandung der Liste ablehnt und zur Hergabe einer neuen Liste auffordert, trifft es keine Zwischenentscheidung, sondern eine endgültige, da die Aufnahme der tatsächlich eingereichten Liste abgelehnt wird. Gleichwohl bleibt die Beschwerde des beteiligten Notars statthaft, da diese Endentscheidung des Registergerichts mit der Beschwerde nach § 58 Abs. 1 FamFG angefochten werden kann (vgl. BGHZ 191, 84, juris Rdnr. 7; BGH, ZIP 2011, 765, juris Rdnr. 8).

7 Die Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig. Insbesondere ist der die Beschwerde führende Notar auch nach § 59 Abs. 1 FamFG selber beschwerdebefugt, da mit den angefochtenen Verfügungen die ordnungsgemäße Erfüllung seiner aus § 40 Abs. 2 Satz 1 HGB folgenden Amtspflicht zur Einreichung einer die eingetretenen Veränderungen dokumentierenden neuen Gesellschafterliste beanstandet worden ist und er damit in eigenen Rechten betroffen ist (vgl. BGHZ 191, 84, juris Rdnr. 8; BGH, ZIP 2011, 765, juris Rdnr. 9).

8 In der Sache hat die Beschwerde jedoch keinen Erfolg. Das Registergericht hat die Aufnahme der eingereichten Gesellschafterliste mit den angefochtenen Verfügungen aus zutreffenden Gründen abgelehnt.

9 Das Registergericht darf – auch wenn es lediglich als „Verwahrstelle“ tätig wird – die eingereichte Liste jedenfalls darauf prüfen, ob sie den formellen Anforderungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entspricht. Insoweit steht es nicht im Belieben der Beteiligten, den Inhalt der von ihnen eingereichten Gesellschafterliste in Abweichung von gesetzlichen Vorgaben zu gestalten. Dem steht der auch insoweit geltende Grundsatz der Registerklarheit entgegen (BGHZ 191, 84, juris Rdnr. 8 m. w. N.; 199, 270, juris Rdnr. 8). Dies gilt auch in Bezug auf die Einhaltung der Vorgaben der am 01.07.2018 in Kraft getretenen Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (GesLV), da diese auf Grundlage der Verordnungsermächtigung in § 40 Abs. 4 GmbHG gerade dazu dient, nähere Bestimmungen zur formellen Ausgestaltung der Gesellschafterliste zu treffen (vgl. BeckOK-GmbHG/Heilmeyer, § 40 Rdnr. 181; Cramer, NZG 2018, 721, 723). Gerade der Umstand, dass der Gesetzge-

ber im Rahmen der Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie eine Verordnungsermächtigung mit in das Gesetz aufgenommen hat, um Vorgaben für die Gestaltung der Gesellschafterliste zu schaffen, zeigt die Bedeutung, die der Gesetzgeber einer einheitlichen Gestaltung dieser Listen zumisst. Diesem gesetzgeberischen Anliegen widerspricht es, wenn die Registergerichte Gesellschafterlisten auch dann in den Registerordner aufnehmen müssten, wenn die gesetzlichen Vorgaben der GesLV nicht eingehalten werden (so zutreffend *Cramer*, NZG 2018, 721, 724).

10 Wie das Registergericht in den angefochtenen Verfügungen zutreffend beanstandet hat, widerspricht die vom Beschwerdeführer eingereichte Gesellschafterliste den Anforderungen gemäß § 1 GesLV. Diese hat mit § 1 Abs. 2 den Grundsatz der Nummerierungskontinuität eingeführt. Eine Abänderung der Nummerierung der Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste ist damit nur noch in den durch die Verordnung bestimmten Fällen zulässig. Dies ist der Fall, wenn neue Geschäftsanteile geschaffen, diese zusammengelegt oder geteilt werden (§ 1 Abs. 3 GesLV). Wird die Gesellschafterliste hierdurch unübersichtlich, können die Geschäftsanteile in einer Bereinigungsliste insgesamt neu nummeriert werden (§ 1 Abs. 4 GesLV).

11 Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Mit dem Anteilsübertragungs- und -abtretungsvertrag vom 19.03.2021 sind weder neue Geschäftsanteile geschaffen noch bestehende Anteile zusammengelegt oder geteilt worden. Vielmehr haben die bisherigen Gründungsgesellschafter jeweils mehrere Anteile aus ihrem jeweiligen Anteilsbestand auf die neu eintretenden Gesellschafter übertragen (der Gesellschafter CC übertrug insgesamt 155 von seinen bislang gehaltenen 255 Anteilen und der Gesellschafter DD übertrug weitere 145 von seinen bislang gehaltenen 245 Anteilen). Eine Veränderung der Geschäftsanteile selbst oder ihres Bestandes hat überhaupt nicht stattgefunden; diese haben lediglich teilweise neue Inhaber erhalten. Die neue Verteilung der Anteile kann ohne Weiteres unter Beibehaltung der bisherigen Nummerierung der Anteile in der Gesellschafterliste dokumentiert werden. Weshalb die Gesellschafterliste mit einer Neunummerierung sämtlicher 500 Anteile mit den Nummern 501 bis 1000 anstelle der bisher vergebenden Nummern 1 bis 500 übersichtlicher sein soll, sodass die Erstellung einer Bereinigungsliste erforderlich sei, erschließt sich nicht.

12 Der Beanstandung des Registergerichts steht auch nicht die von der Beschwerde zitierte Entscheidung des BGH vom 01.03.2011 (II ZB 6/10, ZIP 2011, 765, juris) entgegen. Richtig ist, dass der BGH mit dieser Entscheidung noch eine Befugnis des Registergerichts, eine Neunummerierung der Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste zu beanstanden, verneint hat, da das Gesetz die vom Registergericht schon in dem dortigen Verfahren beanspruchte Gliederungskontinuität nicht fordere, vielmehr die gesetzliche Anforderung der Kennzeichnung der Geschäftsanteile mittels „laufenden Nummern“ gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auch bei einer Neunummerierung erfüllt bleibe (vgl. BGH, a. a. O. Rdnr. 13). Diese Entscheidung erfolgte unzweifelhaft auf Grundlage der damaligen Rechtslage. Diese

hat sich – wie bereits ausgeführt – jedoch mit dem Inkrafttreten der GesLV geändert. Seit dem 01.07.2018 gilt nunmehr mit § 1 Abs. 2 GesLV, § 40 Abs. 4 GmbHG auch für die Gesellschafterliste, dass diese dem Prinzip der Gliederungskontinuität (bzw. Nummerierungskontinuität) genügen muss und Abweichungen hiervon nur noch in bestimmten – hier nicht einschlägigen – Ausnahmefällen zulässig sind.

13 Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Johannes Hecht**, München

In der Sache – d. h. im materiellen Recht – nicht viel Neues, in der Form – d. h. im Verfahrensrecht – einiges Bemerkenswertes, so könnte man die Entscheidung des OLG Oldenburg prägnant zusammenfassen. Zunächst zum Inhaltlichen, namentlich zu den beiden Leitsätzen Ziffer 3. und 4: Zwar erachtete der BGH¹ vor Inkrafttreten der GesLV mangels gesetzlicher Festschreibung einer Gliederungsbeständigkeit die Umnummerierung bestehender GmbH-Geschäftsanteile für zulässig, wenn jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung² zweifelsfrei zu identifizieren bleibe. Seit Einführung des § 1 Abs. 2 GesLV und der darin statuierten Nummerierungskontinuität³ sieht die – soweit ersichtlich – einhellige⁴ und der Gesetzesbegründung⁵ entsprechende Meinung die vorbeschriebene, bislang vom BGH gebilligte Praxis als *contra legem* an. Eine Umnummerierung käme *de lege lata* zum Beispiel in Betracht, wenn bestehende Geschäftsanteile geteilt werden (§ 1 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Abs. 3 Satz 1 GesLV), die Gesellschafterliste in Abwandlung des verfahrensgegenständlichen Sachverhalts etwa nur zwei Geschäftsanteile Nr. 1 und 2 zu je 12.500 € auswies, die zur Herstellung einer 66 %/34 %-Beteiligung jeweils in 25 neue Teilgeschäftsanteile à 500 € mit den neuen Nummern 3–27 (bisher Nr. 1) bzw. 28–52 (bisher Nr. 2) geteilt und sodann verhältnismäßig (Anteile 3–35=66 %, Anteile 36–52=34 %) abgetreten würden. Der dem Beschluss des OLG Oldenburg zugrunde liegende Sachverhalt war indes deutlich übersichtlicher strukturiert, da sich an den übertragenen Anteilen als solchen eben nichts änderte, und somit der in § 1 Abs. 2 GesLV statuierte Fall der obligatorischen Nummerierungskontinuität zur Entscheidung vorlag. In-

- 1 NZG 2011, 516 Rdnr. 13 entgegen der Vorinstanz OLG Bamberg, Beschluss vom 02.02.2010, 6 W 40/09, DNotZ 2010, 871, 872, die (m. E. überzeugender) darauf abstellte, dass sich im Zuge der Abtretung lediglich die Angaben zu den Gesellschaftern ändern, nicht aber die Geschäftsanteile als solche, sodass für deren Umnummerierung keine Veranlassung bestehe.
- 2 In der Praxis geschah dies durch sog. Veränderungsspalten, *Wicke*, GWR 2011, 210.
- 3 MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, 3. Aufl. 2019, § 40 Rdnr. 70; *Frank/Schaub*, DStR 2018, 1822.
- 4 Siehe Beck'sches Notarhandbuch/*Mayer/Weiler*, 7. Aufl. 2019, § 22, Gesellschaft mit beschränkter Haftung Rdnr. 543.
- 5 BR-Drucks. 105/18, S. 7.

wieweit hier eine Neunummerierung zur Bereinigung einer zu befürchtenden Unübersichtlichkeit im Sinne der Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 4 GesLV beitragen soll, wie vom Beschwerdeführer vorgetragen, erschließt sich – eben im Hinblick auf die vorbeschriebene Übersichtlichkeit des Sachverhalts – jedenfalls nicht unmittelbar. Materiellrechtlich fällt das Ergebnis mithin eindeutig aus.

Besprechungswürdiger ist indes die Schnittstelle zum formellen Recht: Das OLG Oldenburg stellt hierzu in seinem zweiten Leitsatz lakonisch fest, die Prüfungsbefugnis des Registergerichts erstreckte sich auch auf die Prüfung, ob die Vorgaben der GesLV eingehalten werden. Vor Inkrafttreten der GesLV entsprach es der herrschenden Meinung,⁶ dass dem Registergericht als (bloßer) Verwahrstelle⁷ zwar keine Pflicht zur materiellen Prüfung der Gesellschafterliste zukomme, wohl aber die Aufgabe, die „Verwahrbarkeit“ der Liste kursorisch in formeller Hinsicht zu untersuchen. Freilich ist im Einzelfall fraglich, wie weit eine lediglich formelle Prüfungspflicht reicht. Die Einhaltung der vorbeschriebenen Nummerierungskontinuität wird als rein formales Kriterium hierunter ebenso fallen wie die nunmehr in § 4 GesLV geregelten Prozentangaben⁸. Diskussionsbedürftig bezogen auf den entschiedenen Sachverhalt erscheint hingegen die Auseinandersetzung des OLG Oldenburg mit dem bereits weiter oben dargestellten Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 4 GesLV. Insoweit wird in der Literatur⁹ vertreten, dass dem Notar (bzw. dem die Bereinigungsliste unterzeichnenden Geschäftsführer) ein erheblicher Ermessensspielraum zukomme, „der nicht durch strenge registergerichtliche Nachprüfung unterminiert werden sollte“¹⁰. Schließt man sich dieser Auffassung an, so ließe sich die vom Beschwerdeführer eingereichte Bereinigungsliste – vorausgesetzt, die weiteren Vorgaben des § 2 Abs. 2 GesLV (Gegenüberstellung alter und neuer Nummerierung der Geschäftsanteile in einer Veränderungsspalte¹¹) werden eingehalten – entsprechend der juristischen Korrektorensprache „noch vertretbar“ als „noch verwahrbar“ qualifizieren. Im Ergebnis hat sich das OLG Oldenburg über die Forderung nach *judicial restraint* bei der Beurteilung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 GesLV zugunsten einer verstärkten Formalisierung und Vereinheitlichung von Gesellschafterlisten hinweggesetzt. Mit der Erkenntnis, dass der Kreativität des Notars im Anwendungsbereich des § 40 GmbHG durch die GesLV – sowie darüber hinaus ab dem 01.08.2002 durch die Vorgabe des § 12

Abs. 2 Satz 1 HGB-2022 zur Einreichung elektronischer Dokumente zum Handelsregister „in einem maschinenlesbaren und durchsuchbaren Datenformat“ – Grenzen gesetzt sind, wird die Praxis freilich (wie schon bisher) auch in Zukunft umzugehen wissen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht macht indes ein weiterer Aspekt die Entscheidung des OLG Oldenburg für den Praktiker interessant: Entgegen der bislang ganz herrschenden Meinung¹² wertet das Beschwerdegericht in seinem ersten und bemerkenswertesten Leitsatz unter Berufung auf die – soweit ersichtlich vorerst einzige Gegenansicht¹³ – die Beanstandung einer nach § 40 GmbHG eingereichten Gesellschafterliste durch das Registergericht nicht als Zwischenverfügung im Sinne des § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG, sondern als Endentscheidung gemäß § 58 Abs. 1 FamFG. Zwar sind beide Verfügungen im Ergebnis gleichermaßen mit der Beschwerde nach § 58 Abs. 1 FamFG anfechtbar. Allerdings schneidet die Qualifizierung einer gerichtlichen Verfügung über die Nichtaufnahme einer Gesellschafterliste in den Registerordner als Endentscheidung dem einreichenden Notar – anders als bei der Annahme einer Zwischenverfügung – jede Möglichkeit ab, etwaige Mängel der Liste zu prüfen und ggf. vor einer finalen Zurückweisung zu beheben. Eine entsprechende Anwendung des § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG über dessen engen Wortlaut der „Anmeldung zur Eintragung“ hinaus auf Verfahren zur Aufnahme von Dokumenten zum Handelsregister erscheint unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie¹⁴ vorzugswürdig. Für diese Auffassung spricht zudem die teilweise vorzufindende registergerichtliche Praxis,¹⁵ über die erfolgte Aufnahme einer Gesellschafterliste in den Registerordner eine „Vollzugsmitteilung“ zu erstellen, was einer „Eintragung“ im Sinne einer „Vollzugshandlung“ durchaus gleichkommt. Im Übrigen gelangt selbst der Vertreter der vorgenannten Gegenansicht¹⁶ unter Verweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu dem Schluss, das Gericht dürfe die Einstellung einer eingereichten Liste nicht durch Zurückweisungsbeschluss ablehnen, sondern hält in diesem Fall einen richterlichen Hinweis nach § 28 Abs. 1 und 2 FamFG zu einer korrekten Einreichung und zur Gewährung rechtlichen Gehörs für geboten.

Zusammenfassend vermag der Beschluss des OLG Oldenburg nur in seinen Ausführungen zum materiellen Recht (Leitsätze 3 und 4) zu überzeugen. Die vom Gericht beanspruchte (umfangreiche) Prüfungsbefugnis (Leitsatz

6 Vgl. *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 1105 sowie *Cramer*, NZG 2018, 721, 722 f., jew. m. w. N.; kritisch-differenzierend *Omlor*, MittBayNot 2010, 64, 67.

7 KG, Beschluss vom 12.06.2018, 22 W 15/18, FGPrax 2018, 212.

8 Hinsichtlich der Prozentangaben in der Gesellschafterliste wurde von der h. M. bereits vor Inkrafttreten der GesLV ein Prüfungsrecht des Registergerichts bejaht, vgl. *Cramer*, NZG 2018, 721, 724.

9 *Frank/Schaub*, DStR 2018, 1822, 1824; *Cziupka*, GmbHR 2018, R180, R182; *Szalai*, GWR 2018, 250, 254.

10 MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, § 40 Rdnr. 86.

11 Vgl. *Leuring/Rubner*, NJW-Spezial 2020, 465.

12 Vgl. die Nachweise bei *Keidel/Heinemann*, 20. Aufl. 2020, FamFG, § 382 Rdnr. 21 und bei *Krafka*, NZG 2019, 9.

13 *Keidel/Heinemann*, FamFG, a. a. O. *Heinemann* lehnt indes lediglich eine entsprechende Anwendung des § 382 Abs. 4 FamFG auf die Nichtaufnahme einer Gesellschafterliste ab, zieht hieraus aber andere Schlussfolgerungen als das OLG Oldenburg.

14 Siehe MünchKomm-FamFG/*Krafka*, 3. Aufl. 2019, § 382 Rdnr. 18 f.

15 Siehe *Graf Wolffskeel v. Reichenberg/Danninger*, NZG 2019, 1001, 1004.

16 Siehe Fn. 13.

2) dient abstrakt dem Zweck des § 40 GmbHG, die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse möglichst umfassend zu gewährleisten¹⁷, wird jedoch im konkreten Fall nicht dem Ermessensspielraum gerecht, der dem Notar im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 4 GesLV zusteht. Unter den Gesichtspunkten der Verfahrensökonomie und der Verhältnismäßigkeit abzulehnen ist schließlich die Ansicht (Leitsatz 1), die registergerichtliche Verfügung über die Nichtaufnahme einer Gesellschafterliste in den Registerordner sei eine Endentscheidung im Sinne des § 58 Abs. 1 FamFG.

¹⁷ Schiller, GWR 2021, 418.

15. Eintragung trotz verfrühter Handelsregistrierung der Auflösung einer GmbH

OLG Hamm, Beschluss vom 26.03.2021, 27 W 18/21

FamFG § 382 Abs. 4 Satz 2, § 63 Abs. 1

GmbHG § 66 Abs. 1, 2 und 4, § 6 Abs. 2 Satz 1 und 2

LEITSATZ:

Verfrühte Anmeldung der Auflösung einer GmbH und Versicherung des Liquidators; Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen im Zeitpunkt der Entscheidung des Registergerichts.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Bei der Gesellschaft handelt es sich um ein mittelständisches Handwerksunternehmen, das seinen Geschäftsbetrieb zum Ende des Jahres 2020 eingestellt hat.

2 I. Mit Anmeldung vom 02.11.2020 beantragte der Beteiligte die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft im Handelsregister zum 31.12.2020 und teilte mit, dass er von der Gesellschaftsversammlung zum Liquidator bestellt worden sei. Dabei versicherte er, dass keine Umstände vorlägen, aufgrund derer er von Gesetzes wegen vom Amt eines Liquidators ausgeschlossen sei.

3 Mit Schreiben vom 07.01.2021 teilte das AG dem Beteiligten mit, dass eine Eintragung derzeit noch nicht erfolgen könne, da die Versicherungserklärung des Liquidators zu früh – und damit zur Unzeit – abgegeben worden sei (...).

4 Mit Schriftsatz vom 15.01.2021 legte der Beteiligte gegen diese, von ihm als solche verstandene Zwischenverfügung Beschwerde ein (...). Die Annahme des AG, dass die Versicherung zur Unzeit abgegeben worden sei, sei nicht nachvollziehbar.

5 Das AG teilte ihm daraufhin mit Schreiben vom 20.01.2021 mit, die Zwischenverfügung vom 07.01.2021 sei nicht rechtsmittelfähig. Zudem bestünden die dort genannten Eintragungshindernisse fort. Die Versicherung des Liquidators sei fast neun Wochen vor der Betriebsaufgabe gestellt worden und daher im Hinblick auf den Zeitraum vom 03.11. bis 31.12.2020 nicht aussagekräftig (...).

6 Mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 05.02.2021 legte der Beteiligte Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 20.01.2021 ein. Das AG habe keine Anhaltspunkte dafür vorgebracht, die gegen die Richtigkeit der Versicherungserklärung vom 02.11.2020 sprächen; daher sei nicht zu erkennen, warum für den Zeitraum bis zum 31.12.2020 eine ergänzende Erklärung beizubringen sei (...).

7 Mit Verfügung vom 23.02.2021 hat das AG der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt (...).

8 II. Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des AG vom 20.01.2021 hat Erfolg.

9 1. Sie ist nach § 375 Nr. 6, § 382 Abs. 4 Satz 2, § 402 Abs. 1 i. V. m. § 63 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Ob bereits das Schreiben vom 07.01.2021 eine Zwischenverfügung im Sinne von § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG enthält (vgl. zur Abgrenzung zur bloßen Anregung Bork/Jacoby/Schwab/Müther, FamFG, 3. Aufl. 2018, § 382 Rdnr. 8 m. w. N.), spielt keine Rolle, da das AG dieses inhaltlich mit als solcher deklariertes und auch nach seiner Auffassung rechtsmittelfähiger Zwischenverfügung vom 20.01.2021 wiederholt und der Beteiligte mit seinem Schriftsatz vom 05.02.2021 zum Ausdruck gebracht hat, dass sich die Beschwerde auch gegen sie richtet. Da er sich zudem gegen das Schreiben vom 07.01.2021 zeitnah mit Schreiben vom 15.01.2021 zur Wehr gesetzt hat, kann auch offen bleiben, ob die Beschwerdefrist des § 63 Abs. 1 FamFG bereits mit Zugang des Schreibens vom 07.01.2021 ausgelöst worden ist (§ 63 Abs. 3 Satz 1 FamFG).

10 2. Die Beschwerde ist begründet, da die vom AG in der Zwischenverfügung angegebenen Gründe für die Ablehnung der Eintragung nicht tragen.

11 a) Nach § 66 Abs. 1 GmbHG erfolgt die Liquidation einer Gesellschaft, die ihren Geschäftsbetrieb aufgegeben hat und daher „aufgelöst“ ist, außerhalb eines Insolvenzverfahrens durch eine Liquidation, zu deren Durchführung grundsätzlich der letzte Geschäftsführer berechtigt und verpflichtet ist, wenn nicht einer anderen Person dieses Amt übertragen worden ist. Eine in diesem Sinne aufgelöste Gesellschaft ist im Wege der Liquidation abzuwickeln; bis zur Beendigung der Liquidation besteht sie als juristische Person fort. Dem Liquidator obliegt es, im Interesse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger für eine vollständige und sachgerechte Verteilung des Gesellschaftsvermögens zu sorgen. Geborene Liquidatoren sind die zur Zeit der Auflösung im Amt befindlichen Geschäftsführer ohne weiteren Bestellungsakt (oder Amtsannahme). Eine Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung über die Bestellung eines geborenen Liquidators ist allerdings nicht schädlich (vgl. zu alledem nur *Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 66 Rdnr. 14; *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 66 Rdnr. 12; *Scholz/K. Schmidt/Scheller*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, § 66 Rdnr. 5, jew. m. w. N.).

12 b) Gemessen daran ist die Zwischenverfügung nicht frei von Rechtsfehlern. Mit der Anmeldung hat der Beteiligte das Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 02.11.2020 vorgelegt, in dem er zum Liquidator bestellt wor-

den ist. Als geborener und bestellter Liquidator war er verpflichtet, die nach § 66 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. § 6 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG gebotene Erklärung abzugeben. Er musste insbesondere versichern, dass er keiner gesetzlichen Betreuung unterliegt, ihm kein Berufsverbot erteilt worden ist und er nicht rechtskräftig wegen einer vorsätzlich begangenen Vermögensstraftat verurteilt worden ist (vgl. dazu näher § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 GmbHG). Das hat er mit der vorgelegten notariell beglaubigten Erklärung vom 02.11.2020 getan.

13 aa) Entgegen der Auffassung des AG steht der Anmeldung mittlerweile nicht mehr entgegen, dass die Erklärung zur Unzeit abgegeben worden ist. Zwar lag bis zur Eintragungsreife noch ein Zeitraum von knapp neun Wochen, allerdings hat das AG die Anmeldung erst Anfang Januar 2021 bearbeitet, sodass sich daraus allein kein Eintragungshindernis herleiten lässt. Die Zurückweisung eines verfrühten Eintragungsantrags kommt jedenfalls dann nicht mehr in Betracht, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung die Eintragungsvoraussetzungen vorliegen; auf den Umstand, dass der Antrag zu früh eingegangen ist, kann dann nicht mehr abgestellt werden (vgl. OLG Hamm, Beschlüsse vom 20.12.2001, 15 W 378/01, NZG 2002, 425, juris Rdnr. 12, vom 08.02.2007, 15 W 34/07, GmbHR 2007, 762, juris Rdnr. 11 und vom 04.08.2010, 15 W 85/10, ZIP 2010, 2144; Senat, Beschlüsse vom 04.10.2018, 27 W 119/18 und vom 13.12.2018, 27 W 149/18, jew. unveröffentlicht; vgl. allg. Krafka/Kühn/Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 147 m. w. N.).

14 bb) Zwar bleibt es dem Registergericht bei einer von ihm als verfrüht erkannten Anmeldung auch nach Fristablauf unbenommen, Bedenken an der Richtigkeit oder am Fortbestand der zur Eintragung angemeldeten Tatsachen zu erheben und vom Anmeldenden weitere Erklärungen oder eine Aktualisierung der Versicherung anzufordern (vgl. Senat, Beschluss vom 04.10.2018, a. a. O.). Dies folgt schon allgemein aus seiner Pflicht zur Sachaufklärung aus § 26 FamFG und kann sich speziell aus § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ergeben. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass konkrete Anhaltspunkte dazu Anlass geben, aus denen sich insbesondere Zweifel an der Richtigkeit der Versicherung ergeben (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 04.08.2010, a. a. O., Rdnr. 11).

15 Auf diesen Gesichtspunkt kann die angegriffene Zwischenverfügung aber schon deshalb nicht gestützt werden, weil das AG immer nur auf den zeitlichen Aspekt der „Verfrühtung“ bzw. der Abgabe zur Unzeit abgestellt und keine inhaltlichen Mängel oder Richtigkeitszweifel vorgebracht hat, und zwar weder in dem Schreiben vom 07.01.2021 noch in der als solchen bezeichneten Zwischenverfügung vom 20.01.2021. Dort ist unter Bezugnahme auf dieses Schreiben lediglich von „weiterhin“ bestehenden Eintragungshindernissen die Rede und wird zur Begründung die Argumentation dazu vertieft, welche Anforderungen an die zeitliche Nähe der Erklärung zu stellen seien. Zwar endet die Zwischenverfügung damit, dass dem Beteiligten Gelegenheit zur „Nachholung der Versicherung für den Zeitraum vom 03.11.2020 bis 31.12.2020“ innerhalb einer Frist von einem Monat gegeben wird, ohne dass jedoch der Wille erkennbar

hervortritt, dass dies aus anderen Gründen geschehen ist, als den Aspekt der mangelnden zeitlichen Nähe der Abgabe der Erklärung aus der Welt zu schaffen. Dieser Gesichtspunkt trägt indes – wie unter aa) dargelegt – die Zurückweisung des Antrags gerade nicht.

16 III. Demnach war die Zwischenverfügung vom 20.01.2021 aufzuheben und die Sache an das AG zurückzugeben, um die Anmeldung zur Eintragung vom 02.11.2020 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden (§ 69 Abs. 1 Satz 2 und 4 FamFG).

17 Im Hinblick auf den Erfolg des Rechtsmittels ist weder eine Kostenentscheidung noch eine Wertfestsetzung noch eine Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde veranlasst (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2017, 3 Wx 171/16, ZIP 2017, 2057, juris Rdnr. 9).

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

16. Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde gegen eine Dritte

OLG Saarbrücken, Urteil vom 04.11.2021, 4 U 7/21

ZPO §§ 314, 767, 794 Abs. 1 Nr. 5

LEITSÄTZE:

- 1. Richtet sich die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde gegen eine Dritte, kann diese mit der Titelgegenklage analog § 767 ZPO geltend machen, nicht Vollstreckungsschuldner zu sein und auch keine Unterwerfungserklärung abgegeben zu haben.**
- 2. Wird im Urteilstatbestand als unstreitig behandelt, dass die Titelgegenklägerin sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde unterworfen habe, kommt dem Tatbestand keine Beweiskraft nach § 314 ZPO zu, wenn diese Feststellung im Widerspruch zu der konkret in Bezug genommenen notariellen Urkunde steht.**
- 3. Sollen neben der als Käuferin auftretenden Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auch deren Gesellschafter sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde unterwerfen, bedarf es insoweit eindeutiger Erklärungen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde.

2 Mit Urkunde des Notars J B mit dem Amtssitz zu B vom 15.04.2019 (Urkundenrollennummer [...] /2019) kaufte die mit derselben Urkunde gegründete und aus der Klägerin und einem Herrn A O aus T/Israel bestehende M O H GbR zwölf Grundstücke unter anderem in S-H zum Preis von 9.000.000 € von der J G GmbH & Co. KG (Verkäufer 1), der Beklagten (Verkäuferin 2) und einem Herrn U J (Verkäufer 3).

Die Beklagte selbst veräußerte als „Kaufgegenstand 2“ zwei der zwölf Grundstücke zu einem Gesamtkaufpreis von 4.596.258 €. Der Kaufpreis sollte zum Monatsletzten nach Fälligkeitsmitteilung durch den Notar, nicht jedoch vor Ablauf von 15 Bankarbeitstagen und nicht vor dem 31.07.2019 fällig werden. Weiter heißt es in der notariellen Urkunde unter 4.1:

„Wegen des Kaufpreisanspruchs und etwaiger Verzugszinsen unterwirft sich der Käufer als Gesamtschuldner gegenüber dem Verkäufer als Gesamtgläubiger der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen.“

3 Die Anbahnung des Kaufvertrags hatte aufgrund der Vermittlung des Zeugen Sch stattgefunden. Im Vorfeld des Kaufvertragsabschlusses führten der Geschäftsführer der Klägerin, der Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten und der Zeuge Sch Gespräche über eine Provision des Zeugen Sch für die Vermittlung des Geschäfts und über eine Beteiligung an einem Projekt der M2 Gruppe, der Unternehmensgruppe der Klägerin, in der Stadt S. Die genauen Umstände und der Inhalt dieser Gespräche sind zwischen den Parteien streitig. Auf den verkauften Grundstücken in der G-D-Str. XX, S-H, befinden sich zwei im Jahre 1996 errichtete Hallen, die an die I G GmbH vermietet sind, welche darin leere Getränkedosen lagerte. Diese Hallen weisen in streitigem Umfang Dachundichtigkeiten auf, die dazu führten, dass sich vor allem bei Starkregen auf dem Hallenboden Pfützen bildeten. Von den Dachundichtigkeiten setzte die Beklagte die Klägerin vor dem Abschluss des Kaufvertrags nicht in Kenntnis. Im Oktober/November 2019 unterrichteten der Zeuge G als Geschäftsführerin der Hallenmieterin sowie deren Mitarbeiter, der Zeuge E, anlässlich eines Ortstermins den Zeugen Sch über die Dachundichtigkeiten, welcher diese Information Anfang November an den Geschäftsführer der Klägerin weitergab.

4 Die Kaufpreisfälligkeitsmitteilung des Notars zur Urkunde vom 15.04.2019 erfolgte am 31.08.2019. Die Klägerin bekräftigte bei zwei Bankterminen am 05. und 09.12.2019 ihre Zahlungsbereitschaft. Am 17.01.2020 kam es zu einem Ortstermin, bei dem der Geschäftsführer der Klägerin die Dachundichtigkeiten nicht thematisierte. Mit Datum vom 31.01.2020 erteilte der Notar B der Beklagten eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde vom 15.04.2019 zum Zwecke der Zwangsvollstreckung i. H. v. 4.596.258 € nebst Zinsen seit dem 01.08.2019. Diese ließ die Beklagte der Klägerin am 18.02.2020 zustellen. Mit Schreiben vom 25.02.2020 erklärte die M O H GbR die Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung gegenüber der Beklagten sowie den beiden anderen Verkäufern. Die Verkäufer erwiderten darauf mit Schreiben vom 27.02.2020 (...). Im Laufe des Prozesses hat die Beklagte die Dachundichtigkeiten reparieren lassen.

5 Die Klägerin hat behauptet, es sei zu einer nicht beurkundeten Nebenabrede des Kaufvertrags gekommen. So sei vereinbart worden, dass der Kaufpreis tatsächlich nur 8.250.000 € betrage. Die übrigen 750.000 € seien als Provision des Zeugen Sch und des Geschäftsführers der Kom-

plementärin der Klägerin vorgesehen gewesen. Dieser habe sich im Gegenzug zu einer Beteiligung an einem Projekt der M2 Gruppe in der Stadt S bereit erklärt.

6 Weiter hat die Klägerin behauptet, die Dachundichtigkeiten seien erheblich gewesen. Es läge ein konstruktionsbedingter Mangel in der Bauweise der Dachentwässerung vor, der nur mit großem Aufwand – insbesondere mit der Verbauung größerer Fallrohre – beseitigt werden könnte. Für die Mangelbeseitigung sei ein Betrag zwischen 25.000 und 50.000 € erforderlich. Wäre dies der Klägerin bekannt gewesen, hätte sie den Immobilienkauf nicht bzw. nicht zu den ausgehandelten Bedingungen abgeschlossen. Auch bestünden die Dachundichtigkeiten bereits seit geraumer Zeit und seien der Beklagten bei Abschluss des Kaufvertrags bekannt gewesen, die dagegen jedoch nichts unternommen hätte.

7 Die Klägerin hat beantragt,

1. die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde des Notars J B in B vom 15.04.2019, Urkundenrollennummer (...)2019, für unzulässig zu erklären und
2. die Beklagte zu verurteilen, die vollstreckbare Ausfertigung der vorbezeichneten Urkunde ab Rechtskraft des Ausspruchs der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Urkunde an die Klägerin herauszugeben.

8 Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

9 Sie hat behauptet, eine Provision sei lediglich anlässlich der Vertragsanbahnung im Sommer 2018, nicht hingegen anlässlich der konkreten Vertragsverhandlungen thematisiert worden. Vielmehr sei dort immer nur die Rede von 9.000.000 € gewesen. Ungeachtet dessen hat die Beklagte gemeint, ihr stehe die Verteilung eines Kaufpreises frei. Über eine künftige Zusammenarbeit sei zwar gesprochen worden, jedoch sei dies eine bloße Absichtserklärung gewesen, die nicht zur beurkundungsbedürftigen Bedingung des Kaufvertrags gemacht worden sei.

10 Hinsichtlich der Dachundichtigkeiten hat die Beklagte behauptet, es handele sich um altersbedingte Verschleißerscheinungen. Ein weiterer Schaden sei erst nach Abschluss des Kaufvertrags aufgetreten bzw. bekannt geworden. Jedenfalls verursache die Dachundichtigkeit nur eine geringe Feuchtigkeit und könnte mit geringem Aufwand behoben werden, wobei eine Ausbesserung bereits im Jahr 2019 in die Wege geleitet worden sei. Überdies sei der Zeuge Sch bei dem Ortstermin als Vertreter der Klägerin aufgetreten und habe zugesagt, die Undichtigkeiten innerhalb der nächsten 14 Tage beheben zu lassen.

11 Das LG hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen G G (...), M E (...) und U Sch (...) und hat die Geschäftsführer der Klägerin und der Komplementärin der Beklagten als Partei angehört (...). Mit dem am 21.12.2020 verkündeten Urteil, auf das Bezug genommen wird (...), hat es die Klage abgewiesen.

12 Mit der gegen dieses Urteil eingelegten Berufung rügt die Klägerin, da die Schuldnerin der Kaufpreisforderung nur



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNAHRICHTEN

die M O H GbR sei und sich nur diese der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe, könne die Beklagte die Kaufpreisforderung nicht aus der notariellen Urkunde gegen die Klägerin vollstrecken. Bei verständiger Würdigung und fehlerfreier Ermittlung des Vertragsinhalts hätte das LG zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Zwangsvollstreckung gegen die Klägerin deswegen unzulässig sei.

13 Unter der innerprozessualen Bedingung, dass der erkennende Senat

a) annehme, die Eigenschaft der Klägerin als Käuferin neben der M O H GbR sowie dass die Klägerin sich neben der M O H GbR der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe, sei ein beurkundungsbedürftiger Vertragsinhalt im Sinne von § 311b BGB,

b) annehme, dass die streitbefangene notarielle Kaufvertragsurkunde nicht dahin gehend auszulegen sei, dass die Klägerin neben der M O H GbR Käuferin und Zwangsvollstreckungsschuldnerin sei,

c) annehme, dass wegen der fehlenden Mitbeurkundung der Klägerin als Käuferin und Vollstreckungsschuldnerin in dem notariellen Kaufvertrag vom 15.04.2019, Urkundenrollennummer (...)2019, dieser Kaufvertrag gemäß §§ 125, 139 BGB als insgesamt formnichtig anzusehen sei und

d) deswegen unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde des Notars J B aus B vom 15.04.2019, Urkundenrollennummer (...)2019, für unzulässig erkläre, stelle die Klägerin die von der Beklagten in der Berufungserwidern behauptete Tatsache unstreitig, dass die Klägerin neben der M O H GbR Käuferin der streitgegenständlichen Kaufgegenstände sei und sich neben der GbR der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe. Wegen des weiteren Berufungsvorbringens wird auf die Berufungsbegründung verwiesen (...).

14 Die Klägerin beantragt (...),

1. unter Abänderung des am 21.12.2020 verkündeten Urteils des LG Saarbrücken, Aktenzeichen 8 O 32/20, die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde des Notars J B in B vom 15.04.2019, Urkundenrollennummer (...)2019, für unzulässig zu erklären und

2. die Beklagte zu verurteilen, die vollstreckbare Ausfertigung der vorbezeichneten Urkunde ab Rechtskraft des Ausspruchs der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Urkunde an die Klägerin herauszugeben.

15 Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

16 Das erstinstanzliche Gericht habe mit tatbestandlicher Bindungswirkung festgestellt, dass die Klägerin (gesamtschuldnerisch) Schuldnerin aus dem Kaufvertrag und damit auch Vollstreckungsschuldnerin aus der Vollstreckungsklausel sei. Überdies sei bei der Vertragsauslegung die Vorschrift des § 128 HGB mit heranzuziehen. Im Lichte dieser Bestimmung laufe die Formulierung „als Gesamtschuldner“ keineswegs ins Leere. Im Übrigen verteidigt die Beklagte

die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

(...)

18 II. Die Berufung der Klägerin ist nach den §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden; sie ist mithin zulässig. Das Rechtsmittel ist nach Maßgabe der §§ 513, 529, 546 ZPO auch begründet.

19 1. Die Zwangsvollstreckung gegen die Klägerin aus der vorliegenden notariellen Urkunde ist in Ermangelung einer Unterwerfungserklärung der Klägerin für unzulässig zu erklären.

20 a) Der Klageantrag zu 1 ist in erster Linie als Titelgegenklage aufzufassen und als solche statthaft und im Übrigen zulässig.

21 aa) Die Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung als solche kann (auch) mit der Titelgegenklage geltend gemacht werden (BGH, NJW-RR 2004, 1135, 1136; NJW 2015, 1181 Rdnr. 7). Bei Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung ist die Vollstreckung aus der Urkunde schlechthin für unzulässig zu erklären (BGH, NJW 2015, 1181, 1182 Rdnr. 7). Nichts anderes gilt, wenn sich die Vollstreckung – wie hier – ausschließlich gegen einen Dritten richtet, der nicht Vollstreckungsschuldner ist und auch keine Unterwerfungserklärung abgegeben hat.

22 bb) Streitgegenstand der Titelgegenklage ist die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels (BGHZ 118, 229, 236; BGH, NJW-RR 2004, 472, 474) und somit ein anderer als derjenige der auf Beseitigung der Vollstreckungsfähigkeit des titulierten Anspruchs gerichteten Vollstreckungsabwehrklage (BGH, NJW-RR 2015, 915, 916 Rdnr. 15). Macht der Titelschuldner – wie hier die Klägerin als vermeintliche Titelschuldnerin – sowohl materiellrechtliche Einwände gegen den titulierten Anspruch als auch Einwände gegen die Wirksamkeit des Titels geltend, kann die Vollstreckungsabwehrklage mit einer Titelgegenklage analog § 767 ZPO verbunden werden (BGH, NJW 2015, 1181 Rdnr. 6); zulässig ist aber auch eine ausschließliche Titelgegenklage (BGH, NJW-RR 2007, 1724, 1725 Rdnr. 10). Obwohl mit beiden Klagen beantragt wird, die Zwangsvollstreckung aus dem Titel für unzulässig zu erklären, reicht es für das vollständige Obsiegen nicht aus, dass der Kläger mit einer Begründung Erfolg hat, sofern er den Einwand der Unwirksamkeit des Titels und den Einwand gegen den titulierten Anspruch nicht in ein Eventualverhältnis gestellt hat. Der BGH verlangt vielmehr konsequent eine Teilabweisung, wenn nur eine der beiden Klagen begründet ist (BGH, NJW 2005, 1576, 1577). Diese Folge wird vermieden, wenn der Antrag als Hauptantrag verstanden wird, soweit er auf die Unwirksamkeit des Titels gestützt wird, und als Hilfsantrag, soweit materielle Einwendungen gegen den titulierten Anspruch vorgebracht werden (OLG Köln, NJW-RR 1999, 22; BeckOK-ZPO/Preuß, Stand: 01.07.2021, § 767 Rdnr. 58). In diesem Sinne ist das Klagebegehren aufzufassen, denn die Klägerin stützt sich auch in der Berufungsinstanz in erster Linie auf die ihrer Meinung nach bestehende Unwirksamkeit des Titels und im Übrigen auf materiellrechtliche Einwendungen

gegen den titulierten Anspruch. Ihr Klageantrag zu 1 ist deshalb dahin auszulegen, dass sie hauptsächlich die Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung geltend macht (§ 767 ZPO analog) und sich hilfsweise auf gegen den titulierten Anspruch selbst gerichtete Einwendungen beruft (§ 767 ZPO).

23 cc) Der Senat verkennt nicht, dass die Klägerin in der Klage vorgetragen hat, sie erhebe zwei materiellrechtliche Einwendungen gegen den vermeintlich bestehenden Kaufpreiszahlungsanspruch der Beklagten (...). Eine allfällige Klageänderung in eine Titelgegenklage verbunden mit einer hilfsweise erhobenen Vollstreckungsklage ist allerdings auch in der Berufungsinstanz gemäß § 533 Nr. 1 Fall 2 ZPO ohne Einwilligung des Gegners zulässig, wenn das Gericht dies für sachdienlich hält. Die Beurteilung der Sachdienlichkeit, bei der dem Berufungsgericht ein Ermessensspielraum zusteht, erfordert eine Berücksichtigung, Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen. Dabei ist entscheidend, ob und inwieweit die Zulassung der geänderten Klage den Streit im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits ausräumt, sodass sich ein weiterer Prozess vermeiden lässt. Eine Klageänderung ist danach nicht sachdienlich, wenn ein völlig neuer Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung gestellt wird, ohne dass dafür das Ergebnis der bisherigen Prozessführung verwertet werden kann (BGH, NJW 2018, 2550, 2555 Rdnr. 52). Nach diesem Maßstab ist die Sachdienlichkeit der Klageänderung zu bejahen; denn die Zulassung ist geeignet, unter Berücksichtigung des bereits angefallenen Prozessstoffs, insbesondere der vorliegenden notariellen Urkunde vom 15.04.2019, den anhängigen Rechtsstreit auszuräumen.

24 b) Die Titelgegenklage ist begründet, weil es an einer Unterwerfungserklärung der Klägerin fehlt.

25 aa) Entgegen der Auffassung der Berufungserwiderung hat das LG insoweit keine den Senat im Berufungsrechtszug bindenden tatsächlichen Feststellungen getroffen. Denn dem Tatbestand kommt keine Beweiskraft nach § 314 ZPO zu, wenn und soweit er Widersprüche, Lücken oder Unklarheiten aufweist, die sich aus dem Urteil selbst ergeben (BGH, NJW-RR 2018, 873, 874 Rdnr. 18). Diesem Erfordernis ist genügt, wenn ein Widerspruch zwischen den tatbestandlichen Feststellungen und einem konkret in Bezug genommenen schriftsätzlichen Vorbringen einer Partei (BGH, WM 2015, 1562, 1568 Rdnr. 48) oder einer Anlage (BGH ZfIR 2021, 321, 324 Rdnr. 22) besteht. Nach diesen Grundsätzen kommt den tatbestandlichen Feststellungen im vorliegenden Fall keine Beweiskraft zu. Im unstreitigen Teil des Tatbestands wird zunächst zutreffend festgestellt, dass Käuferin des Grundstücks die aus der Klägerin und einem Herrn O bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist. Obgleich damit von einer einzigen Käuferin auszugehen ist, führt das LG sodann aus, hinsichtlich des Kaufpreises habe Gesamtschuldnerschaft auf Käuferseite bestanden. Weiter wird ohne Erwähnung der Käuferin festgestellt, hinsichtlich des Anspruchs der Beklagten auf Zahlung des Kaufpreises habe sich die Klägerin (also nicht die Käuferin?) der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen (...). Im Widerspruch dazu heißt es in der im Urteilstatbestand

konkret in Bezug genommenen Urkunde des Notars J B vom 15.04.2019 (Urkundenrollennummer [...] /2019 [...]) unter „Zwangsvollstreckungsunterwerfung“ in Ziffer 4.1, dass sich „der Käufer als Gesamtschuldner“ der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Als Käufer ist in der Urkunde die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts definiert; die Klägerin wird somit in der in Bezug genommenen Urkunde nicht (ausdrücklich) erwähnt.

26 bb) Nach dem sich im Berufungsrechtszug darstellenden Sach- und Streitstand ist eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung der Klägerin nicht gegeben. Insoweit zeigt die Berufungserwiderung im Schriftsatz vom 21.10.2021 (...) keinen rechtserheblichen Grund zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§§ 156, 525 Satz 1 ZPO) auf. Die in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht wesentlichen Gesichtspunkte waren bereits in der Berufungsbegründung vom 22.03.2021 (...) und in der Berufungserwiderung vom 26.05.2021 (...) kontrovers diskutiert und sind in der Berufungsverhandlung vom 19.08.2021 mit den Parteien eingehend erörtert worden (...). Neue rechtserhebliche Gesichtspunkte oder Anhaltspunkte für eine weitere Aufklärung des Sachverhalts vermag der Senat insoweit nicht zu erkennen. Den Beklagten kann aufgrund der gegebenen Endentscheidungsreife (§ 300 Abs. 1, § 525 Satz 1 ZPO) über die bereits eingeräumte Frist von mehr als zwei Monaten nach der Berufungsverhandlung hinaus auch keine Frist zur weiteren Stellungnahme und etwaigen vergleichsweisen Einigung bis zum 31.01.2022 (...) eingeräumt werden, zumal die hierzu angehörte Klägerin diesem Antrag entgegengetreten ist.

27 (1) Nach Maßgabe des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bedingt die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde unter anderem, dass der Schuldner sich in der Urkunde wegen des zu bezeichnenden Anspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Mit dem Erfordernis der Bezeichnung des Anspruchs ist ein Konkretisierungsgebot vorgesehen, das mit dem Bestimmtheitsgebot nicht gleichzusetzen ist, sondern eine zusätzliche formelle Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel darstellt und durch eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung zum Beispiel wegen „etwaiger Verpflichtungen zur Zahlung bestimmter Geldbeträge“ nicht erfüllt wird (BGH, NJW-RR 2012, 1342, 1343 Rdnr. 14, 18). Ein Verstoß gegen das Konkretisierungsgebot führt zur Nichtigkeit der Unterwerfungserklärung (BGH, NJW 2015, 1181, 1182 Rdnr. 13 ff.).

28 (2) Eine Unterwerfungserklärung ist, wenn auch in Grenzen, auslegungsfähig (BGH, NJW 1980, 1050, 1051; 2008, 3363 Rdnr. 7). Bei der Auslegung hat der Tatrichter jedenfalls den aus der Urkunde hervorgehenden Zweck (BGHZ 109, 19, 22), die daraus ersichtliche Interessenlage der Parteien (BGH, NJW 2003, 2235, 2236; NJW-RR 2003, 1053, 1054) und ihre sprachlichen Gepflogenheiten zu berücksichtigen (BGH, NJW 2008, 3363, 3364 Rdnr. 7).

29 (3) Unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände fehlt es an einer Unterwerfungserklärung der Klägerin.

30 (3.1) Diese war an der Beurkundung insoweit beteiligt, als sie mit Herrn O zunächst eine Gesellschaft des bürgerli-

chen Rechts mit dem Namen „M O H GbR“ errichtete. In der notariellen Urkunde (...) wird auf die unmittelbar vorangegangene Gründung dieser Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und der Feststellung des der Urkunde als Anlage beigefügten, deutsch- und englischsprachigen Gesellschaftsvertrags aufbauend als „Käufer“ ausschließlich die mit gleicher Urkunde gegründete Gesellschaft des bürgerlichen Rechts genannt, die Klägerin ist als Mitgesellschafterin der Käuferin genannt und wird an keiner Stelle der Urkunde selbst als „Käufer“ bezeichnet.

31 (3.2) Die Formulierung in der Zwangsvollstreckungsunterwerfung, wonach „sich der Käufer als Gesamtschuldner“ unterwirft (...), ist insoweit ungereimt, als es laut Urkunde nur eine Käuferin gibt, eine Gesamtschuld aber eine Mehrheit von Schuldnern voraussetzt. Die Berufungserwiderung meint, die Formulierung sei im Lichte des § 128 HGB zu sehen. Nach der auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts analog anzuwendenden Vorschrift des § 129 Abs. 4 HGB kann aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitle nicht gegen die Gesellschafter vollstreckt werden (BGH, WM 2016, 220, 223 Rdnr. 34; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Gummert*, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 20 Rdnr. 33, 35). In der Rechtspraxis kommt es somit darauf an, präzise zwischen einem Titel gegen die Gesellschaft und einem solchen gegen die Gesellschafter zu unterscheiden (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Gummert*, § 20 Rdnr. 34), was in einer notariellen Urkunde ohne Weiteres erwartet werden kann. Die bloße Verwendung des auf die Käuferin und Gesellschaft bezogenen Zusatzes „als Gesamtschuldner“ ohne auch nur ansatzweise Nennung der Gesellschafter erlaubt indessen nicht den Schluss, dass sich die Klägerin als Mitgesellschafterin, die weder selbst Vertragspartnerin war noch als Dritte vertragliche Verpflichtungen in der Urkunde übernommen hatte, der Zwangsvollstreckung unterworfen hätte. Wäre es den Kaufvertragsparteien auf die sofortige Zwangsvollstreckung nicht nur in das Vermögen der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, sondern auch in dasjenige ihrer Gesellschafter angekommen, so wäre zu erwarten gewesen, dass deren persönliche Haftung in der Urkunde thematisiert worden wäre, was jedoch nicht der Fall ist.

32 (3.3) Im Übrigen ist eine (generelle) Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen des Kaufpreiszahlungsanspruchs in der der notariellen Urkunde beigefügten Vollmacht des Herrn O für den Geschäftsführer der Klägerin nicht vorgesehen (...). Denn diese Vollmacht erfasst die Befugnis, zur Finanzierung des jeweiligen Kaufpreises für den Vollmachtgeber eine persönliche Haftung zu übernehmen oder abstrakte Schuldversprechen abzugeben und den Vollmachtgeber insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Dass die vorliegende, ausdrücklich auf den Kaufpreisanspruch bezogene Unterwerfung zur Finanzierung des Kaufpreises erforderlich gewesen wäre, ist nicht ersichtlich.

33 cc) Die Titelgegenklage ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) unbegründet. Dies käme eventuell in Betracht, wenn dem Kläger vorgeworfen werden kann, sich schuldrechtlich zur

Abgabe der Unterwerfungserklärung verpflichtet zu haben (BeckOK-ZPO/*Preuß*, § 767 Rdnr. 57.2). Daran fehlt es hier schon deshalb, weil die Klägerin nicht Vertragspartei war. Dass die Klägerin, wie vom LG festgestellt, nach der notariellen Beurkundung bei zwei Bankterminen ihre Zahlungsbereitschaft bekräftigt haben mag (...), kann sich materiellrechtlich auswirken, ermöglicht aber nicht die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde trotz Fehlens einer entsprechenden Zwangsvollstreckungsunterwerfung.

34 2. Der mit dem Berufungsantrag zu 2 weiterverfolgte Titelherausgabeantrag hat auf der Grundlage der eingehenden Erörterungen in der Berufungsverhandlung und entgegen der Auffassung der Beklagten (...) ebenfalls Erfolg.

35 a) Die Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung einer vollstreckbaren Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung jedenfalls dann zulässig, wenn entweder über eine Vollstreckungsabwehrklage bereits rechtskräftig zugunsten des Herausgabeklägers entschieden worden ist oder wenn die Erfüllung der dem Titel zugrunde liegenden Forderung zwischen den Parteien unstrittig ist (BGH, WM 1994, 650, 652). Nichts anderes gilt, wenn die Herausgabeklage, wie hier, mit der Titelgegenklage verbunden wird. Denn auch dann ist, worauf es entscheidend ankommt (vgl. BGHZ 127, 146, 148), eine Umgehung von deren Voraussetzungen nicht zu befürchten (BGH, NJW 2015, 1181, 1183 Rdnr. 23).

36 b) Die Klage ist auch begründet.

37 aa) Der Vollstreckungsgläubiger ist dem Vollstreckungsschuldner analog § 371 BGB zur Herausgabe eines Vollstreckungstitels verpflichtet, falls die Vollstreckung aus dem Titel aufgrund einer auf materiellrechtliche Einwände gegen den titulierten Anspruch gestützten Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO für unzulässig erklärt wird. Der Anspruch besteht in diesem Fall aber nicht schon, wenn und weil die Vollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklärt worden ist, sondern erst, wenn die Schuld mit Sicherheit erloschen ist oder von Anfang an nicht bestanden hat. Denn das Urteil beseitigt nur die Vollstreckbarkeit der Urkunde, besagt aber nichts über das Bestehen oder Nichtbestehen des zu vollstreckenden Anspruchs (BGHZ 127, 146, 149; BGH, NJW-RR 2008, 1512 Rdnr. 12).

38 bb) Die entsprechende Anwendung von § 371 BGB auf die Herausgabe des Vollstreckungstitels ist ferner geboten, wenn die Vollstreckung aus dem Titel aufgrund einer auf formelle Einwände gegen den Titel gestützten Titelgegenklage insgesamt und endgültig für unzulässig erklärt worden ist. Denn auch in diesem Fall enthält das Gesetz eine planwidrige Lücke. Der Schuldner könnte zwar durch Vorlage einer Ausfertigung des in dem Titelgegenklageverfahren ergangenen Urteils die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 Nr. 1 ZPO erreichen. Er könnte damit allein aber nicht verhindern, dass die Vollstreckung trotz des Urteils erst einmal versucht wird und womöglich auch zunächst Erfolg hat, weil die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung etwa dem nicht informierten Personal des Schuldners unbekannt ist oder mangels Ausfertigung des Urteils nicht sofort nachgewiesen werden kann. Ein solcher

Missbrauch des Titels kann nur mit einem Anspruch auf dessen Herausgabe verhindert werden, den das Prozessrecht aber auch für die Titelgegenklage nicht vorsieht. Diese Lücke muss nach dem aus § 775 Nr. 1, § 757 ZPO zum Ausdruck kommenden Plan des Gesetzes durch eine auf die Rechtsfolge beschränkte entsprechende Anwendung des § 371 BGB geschlossen werden. Denn bei einer allein auf formelle Einwände gestützten Titelgegenklage kann der Titelherausgabeanspruch nicht von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs abhängen, sondern nur von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Titels (BGH, NJW 2015, 1181, 1183 Rdnr. 26). Eine Unterwerfungserklärung der Klägerin ist hier zu verneinen, wie bereits vorstehend unter 1. ausgeführt worden ist. Dem Umstand, dass die Klägerin in der vom Notar erteilten Vollstreckungsklausel nicht ausdrücklich genannt wird, kommt, wie mit den Parteien erörtert, keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Andernfalls könnte die Klägerin als nicht am Kaufvertrag beteiligte Dritte die unzulässige Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen sie nicht wirksam und vollständig unterbinden.

39 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10 Satz 1, § 711 ZPO.

40 4. Die Revision ist entgegen dem Antrag der Beklagten (...) gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO nicht zuzulassen, denn weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

17. Reichweite der Auskunftspflicht eines Notars gegenüber Urkundsbeteiligten und deren Rechtsnachfolgern

BGH, Beschluss vom 08.07.2021, V ZB 42/19 (Vorinstanz: LG Passau, Beschluss vom 14.02.2019, 2 T 131/18)

BeurkG § 51

LEITSATZ:

§ 51 BeurkG verpflichtet den Notar weder dazu, einem Urkundsbeteiligten oder seinem Rechtsnachfolger Auskunft darüber zu erteilen, ob er oder sein Rechtsvorgänger überhaupt an der Errichtung von Niederschriften beteiligt waren, die in dem Notariat errichtet wurden oder verwahrt werden, noch dazu, ihnen alle Niederschriften zu benennen, an denen diese beteiligt waren. Der Notar ist auch nicht verpflichtet, einem pauschalen Antrag auf Erteilung von Abschriften aller Niederschriften zu entsprechen, die Erklärungen des Urkundsbeteiligten oder seines Rechtsvorgängers enthalten.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit Beschluss vom 12.02.2018 wurde das Insolvenzverfahren über den Nachlass des am 07.01.2016 verstorbenen

– von dem Freistaat Bayern beerbten – E S (fortan Erblasser) wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung eröffnet. Der Antragsteller wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Schriftsatz vom 19.04.2018 beantragte der Antragsteller bei dem eingangs bezeichneten Notar (fortan Notar) und dessen Sozium die Fertigung von nicht beglaubigten Zweitschriften sämtlicher Urkunden, die sich im Besitz der Notare befinden und den Erblasser als Urkundsbeteiligten ausweisen, „soweit es um Urkunden geht, die im Zusammenhang mit dem privaten und/oder geschäftlichen Vermögen des Erblassers stehen“. Nach einem Hinweis des Notars auf die Notwendigkeit einer Konkretisierung der Urkunden, von denen Abschriften erteilt werden sollten, und auf seine Verpflichtung zur notariellen Verschwiegenheit teilte der Antragsteller mit, er habe keine Möglichkeit, die Vermögenswerte des Erblassers als Insolvenzverwalter zu überprüfen, da dessen Witwe sämtliche Unterlagen vernichtet habe.

2 Mit Beschluss vom 25.06.2018 hat der Notar unter Ergänzung und Vertiefung seiner Ausführungen dem Antragsteller mitgeteilt, dass die beantragten Abschriften nicht erteilt werden müssten. Dagegen hat der Antragsteller Beschwerde eingelegt und beantragt, Abschriften aller bei dem Notar vorliegenden notariellen Urkunden den Erblasser betreffend zu fertigen und auszuhändigen, hilfsweise, ihm sämtliche Urkundennummern der Urkunden im Besitz des Notariats zu benennen, die den Erblasser betreffen, weiter hilfsweise sämtliche Urkundennummern der Urkunden im Besitz des Notariats zu benennen, die das Vermögen oder Vermögensverfügungen des Erblassers betreffen. Der Notar hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Das LG hat die Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen. Dagegen wendet sich dieser mit der von dem LG zugelassenen Rechtsbeschwerde.

3 II. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts ist die Beschwerde des Antragstellers zulässig, aber unbegründet. Der Antragsteller sei zwar als Partei kraft Amtes Rechtsnachfolger des Erblassers im Sinne von § 51 Abs. 1 2. Hs. BeurkG. Ihm stehe aber ein Anspruch auf Fertigung von beglaubigten Zweitschriften aller Urkunden des Erblassers, soweit sie im Zusammenhang mit dessen privatem und/oder geschäftlichem Vermögen stünden, nach § 51 Abs. 1 und 3 BeurkG nicht zu. Der Anspruch auf Erteilung von Abschriften nach der genannten Vorschrift beziehe sich jeweils auf eine bestimmte Urkunde bzw. die Ausfertigung einer bestimmten Urkunde. In der Rechtsprechung der Obergerichte und in der Literatur sei deshalb anerkannt, dass der Antragsteller konkret und so genau wie möglich bezeichnen müsse, auf welche Urkunde sich sein Auskunftsbegehren beziehe. Einem Ausforschungersuchen dürfe der Notar nicht nachkommen. Für einen Nachlassinsolvenzverwalter gelte nichts anderes. Dass dieser eine hoheitliche Aufgabe wahrnehme und auch eine Ordnungsfunktion erfülle, führe zu keiner anderen Beurteilung. § 51 Abs. 1 BeurkG sei ein gesetzlicher Ausnahmetatbestand zur notariellen Pflicht zur Verschwiegenheit gemäß § 18 Abs. 1 BNotO. Er sei als solcher eng und unter Berücksichtigung der notariellen Verschwiegenheitspflicht auszulegen.

4 III. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung stand.

5 1. Die Beschwerde des Antragstellers ist statthaft und auch sonst zulässig. Der Antragsteller hat die Erteilung von Abschriften beantragt. Diese gehört zu den Amtstätigkeiten eines Notars, gegen deren Verweigerung nach § 54 Abs. 1 BeurkG die Beschwerde statthaft ist. Die Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig.

6 2. Das Rechtsmittel ist aber unbegründet.

7 a) Nach nahezu einhelliger Auffassung folgt aus dem Anspruch auf Erteilung von Abschriften weder die Verpflichtung des Notars, dem Antragsteller pauschal Abschriften aller Urkunden zu erteilen, an denen dieser bzw. – bei einer Partei kraft Amtes – der Schuldner bzw. Erblasser beteiligt war, noch ein Anspruch auf Auskunft des Notars darüber, ob der Antragsteller bzw. Schuldner oder Erblasser überhaupt an Urkunden beteiligt war. Der Anspruch auf Erteilung von Abschriften nach § 51 Abs. 1 und 3 BeurkG beziehe sich nur auf einzelne Urkunden, die konkret und so genau wie möglich bezeichnet werden müssten (OLG Düsseldorf, RNotZ 2006, 72; LG Freiburg, ZEV 2015, 669 [Ls], juris Rdnr. 11; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 8. Aufl., § 51 BeurkG Rdnr. 4; BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 01.04.2021, § 51 Rdnr. 53; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, 5. Aufl., § 51 BeurkG Rdnr. 16a; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl., § 51 Rdnr. 11; Staudinger/Hertel, Neub. 2017, BeurkG Rdnr. 649 Abs. 3; Winkler, BeurkG, 19. Aufl., § 51 Rdnr. 1; im Ergebnis ebenso für Klage gegen den Notar: OLG Brandenburg, AnwBl. 1996, 474, 475; OLG Schleswig, ZIP 2013, 1633, 1634; offenlassend LG Darmstadt, ZIP 2008, 1783, 1784).

8 b) Diese Auffassung trifft zu.

9 aa) Allerdings kann nach § 51 Abs. 1 1. Hs. Nr. 1, Abs. 3 BeurkG jeder, von dem oder für den bei Errichtung einer Niederschrift eine Willenserklärung abgegeben worden ist, von dem Notar die Erteilung einer Ausfertigung oder – hier – Abschrift verlangen. Der Notar ist zur Erteilung der Abschriften bei Vorliegen dieser Voraussetzungen verpflichtet; er hat keinen Ermessensspielraum (OLG Hamm, Beschluss vom 13.07.2011, 11 U 234/09, juris Rdnr. 62; OLG Karlsruhe, DNotZ 2008, 139, 140; LG Darmstadt, ZIP 2008, 1783; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, § 51 Rdnr. 2; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, § 51 BeurkG Rdnr. 1; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, § 51 Rdnr. 8).

Der Anspruch ist nicht von dem Nachweis eines berechtigten Interesses abhängig (vgl. Entwurfsbegründung in BT-Drucks. V/3282, S. 41). Er steht auch nicht nur dem Urkundsbeteiligten selbst zu, sondern nach § 51 Abs. 1 2. Hs. BeurkG auch dessen Rechtsnachfolger. Unbestritten ist, dass der Begriff des Rechtsnachfolgers im Sinne dieser Vorschrift nicht nur Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolger des Urkundsbeteiligten, sondern auch Parteien kraft Amtes umfasst wie den Insolvenzverwalter (LG Darmstadt, notar 2009, 255; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, § 51 BeurkG Rdnr. 6; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, § 51 Rdnr. 25; Staudinger/Hertel, BeurkG Rdnr. 647 Abs. 4; Winkler, BeurkG, § 51 Rdnr. 13), den Testamentsvollstrecker (Senat, Beschluss

vom 31.01.2013, V ZB 168/12, NJW-RR 2013, 697 Rdnr. 22), den Nachlassverwalter (Winkler, a. a. O.) und einen Nachlassinsolvenzverwalter (Winkler, a. a. O.), um den es hier geht.

10 bb) Parteien kraft Amtes können zwar nur die Abschriften solcher Urkunden verlangen, die einen Bezug zu ihrem Amt – hier also zum Insolvenzverfahren über den Nachlass – haben (LG Mannheim, ZInsO 2001, 380, 381, Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, § 51 Rdnr. 10; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO, § 51 BeurkG Rdnr. 11; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, § 51 Rdnr. 25; Staudinger/Hertel, BeurkG Rdnr. 647 Abs. 4; Winkler, BeurkG, § 51 Rdnr. 10; Bous/Solveen, DNotZ 2005, 261, 280). Davon wäre aber auszugehen, wenn Vermögensinteressen des Schuldners bzw. hier des Nachlasses betroffen sind (LG Mannheim, ZInsO 2001, 380, 381; LG Darmstadt, ZIP 2008, 1783, 1784; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, § 51 Rdnr. 10).

11 cc) Richtig ist schließlich, dass die Verpflichtung des Notars zur Erteilung von Abschriften an die Beteiligten nach Maßgabe von § 51 Abs. 1 und 3 BeurkG als spezialgesetzliche Regelung der allgemeinen Verpflichtung des Notars zur Verschwiegenheit vorgeht. Der Anspruch der Urkundsbeteiligten auf die Erteilung von Abschriften gemäß § 51 Abs. 1 und 3 BeurkG kann nicht an dem fehlenden Einverständnis der übrigen an dem Urkundengeschäft Beteiligten scheitern. Die Pflicht des Notars zur Verschwiegenheit besteht im Interesse derjenigen, deren persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse er bei seiner Amtstätigkeit erfahren hat. Diese Verhältnisse haben die Urkundsbeteiligten, soweit für das Urkundengeschäft von Belang, bereits in der Urkunde preisgegeben. Ein Interesse der anderen Beteiligten an der Geheimhaltung ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse ist deshalb nicht schutzwürdig (Senat, Beschluss vom 31.01.2003, V ZB 168/12, NJW-RR 2013, 697 Rdnr. 20).

12 dd) In der Verpflichtung zur Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften nach Maßgabe von § 51 BeurkG findet die Ausnahme von der notariellen Verschwiegenheitspflicht des Notars nach § 18 BNotO aber auch ihre Grenze. § 51 BeurkG verpflichtet den Notar weder dazu, einem Urkundsbeteiligten oder seinem Rechtsnachfolger Auskunft darüber zu erteilen, ob er oder sein Rechtsvorgänger überhaupt an der Errichtung von Niederschriften beteiligt waren, die in dem Notariat errichtet wurden oder verwahrt werden, noch dazu, ihnen alle Niederschriften zu benennen, an denen diese beteiligt waren. Der Notar ist auch nicht verpflichtet, einem pauschalen Antrag auf Erteilung von Abschriften aller Niederschriften zu entsprechen, die Erklärungen des Antragstellers oder seines Rechtsvorgängers enthalten.

13 (1) Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und dem mit ihr verfolgten Zweck. Der Gesetzgeber hat sich, landesrechtlichen Vorbildern folgend, dafür entschieden, nur dem Urkundsbeteiligten und seinem Rechtsnachfolger einen Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften von Niederschriften einzuräumen, die Willenserklärungen des Urkundsbeteiligten enthalten. Er hat sich ausdrücklich dagegen entschieden, Ansprüche auf Auskunft oder Erteilung von Abschriften für

andere Personen einzuführen, die es damals in einigen Landesrechten gab. Grund dafür war, dass er das Vertrauen des rechtsuchenden Publikums in die Verschwiegenheit der Notare nicht enttäuschen wollte (Entwurfsbegründung in BT-Drucks. V/3282, S. 41). Er hat sich damit inhaltlich auf eine Regelung beschränkt, die Ausdruck einer an die Errichtung der konkreten Niederschrift anknüpfenden nachwirkenden notariellen Fürsorge ist. Die Urkundsbeteiligten sollen nicht nur aus Anlass der Errichtung der Niederschrift eine Abschrift oder Ausfertigung erhalten, sondern auch später noch zusätzlich oder ersatzweise Abschriften oder Ausfertigungen erhalten können. Ausgangspunkt ist deshalb die konkrete Niederschrift, um deren Abschriften es geht.

14 (2) Solche Ausfertigungen und Abschriften erhalten die Urkundsbeteiligten nach § 51 Abs. 1 und 3 BeurkG nur auf Verlangen. Sie müssen dazu einen Antrag stellen, der die Niederschriften, von denen Ausfertigungen oder Abschriften erteilt werden sollen, hinreichend bestimmt bezeichnet (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 51 Rdnr. 53; *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, § 51 Rdnr. 11). Was das konkret bedeutet, legt das Gesetz zwar nicht ausdrücklich fest. Die Anforderungen lassen sich aber aus der aufgezeigten Zielsetzung der Vorschrift ableiten. Die Urkundsbeteiligten sollen Ausfertigungen und Abschriften von Niederschriften erhalten können, die „ihre“ Erklärungen vor dem Notar enthalten. Sie müssen dazu aufzeigen, dass sie vor dem Notar überhaupt eine Niederschrift errichtet haben und die Niederschrift – insbesondere durch Angabe der Nummer in der Urkundenrolle, des Errichtungsdatums, des Urkundenthemas bzw. der daran Beteiligten – so genau bezeichnen, dass der Notar sie auffinden kann. Ihrer Mitwirkungspflicht (vgl. § 27 FamFG; zum Charakter als Pflicht: *Keidel/Sternal*, FamFG, 20. Aufl., § 27 Rdnr. 1 m. w. N.) sind die Urkundsbeteiligten auch nicht enthoben, wenn sie die ihnen bei Errichtung der Niederschrift erteilte Abschrift verloren haben und zum Beispiel die Nummer in der Urkundenrolle nicht mehr nennen können. In solchen Fällen wird sie der Notar zwar unter Nutzung seiner Erkenntnismöglichkeiten aus der Urkundenrolle und dem Beteiligtenverzeichnis (vgl. §§ 8, 13 DONot) unterstützen (*Staudinger/Hertel*, BeurkG Rdnr. 649 Abs. 3). Der Urkundsbeteiligte muss dem Notar aber, sofern dies nicht offensichtlich ist, aufzeigen, dass es um eine konkrete Urkunde geht, die von dem Notar errichtet wurde oder verwahrt wird, und die Urkunde zumindest nach Errichtungszeitraum und Gegenstand konkretisieren.

15 (3) Der von dem Antragsteller angeführte Gesichtspunkt, er könne das ihm übertragene Amt eines Nachlassinsolvenzverwalters nicht sachgerecht ausfüllen, wenn er von den Notariaten keine Informationen über Vermögensverfügungen des Erblassers erhalte, rechtfertigt eine andere Beurteilung nicht. Der Gesetzgeber hat sich bei der Schaffung von § 51 BeurkG bewusst für einen engen, an die Errichtung der konkreten Niederschrift anknüpfenden Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften entschieden. Das Motiv für diese enge Regelung – der Schutz des Vertrauens in die Verschwiegenheit des Notars – und die Regelung in § 51 Abs. 4 BeurkG lassen eine erweiternde Auslegung der Vorschrift nicht zu. Nach der genannten Regelung

bleiben gesetzliche Mitteilungspflichten unberührt; solche hat der Gesetzgeber für den Bereich des Insolvenzrechts aber nicht geschaffen.

16 ee) Danach sind sowohl der Hauptantrag des Antragstellers auf Erteilung von Abschriften aller von dem Notariat errichteten oder verwahrten Niederschriften mit Vermögensbezug, die Erklärungen des Erblassers enthalten, als auch die Hilfsanträge auf Mitteilung der Urkundennummern aller bzw. aller Niederschriften mit Vermögensbezug unbegründet.

17 (1) Der Antragsteller hat mit keinem Wort erläutert, was ihn zu der Annahme veranlasst hat, der Erblasser könne überhaupt an Niederschriften beteiligt gewesen sein, die in dem Notariat errichtet wurden oder verwahrt werden. Das versteht sich auch nicht von selbst, zumal der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in F hatte und sich nicht erschließt, was ihn zu dem Notariat in R geführt haben könnte. Der Antrag war mithin ins Blaue hinein gestellt. Mit solchen Anträgen muss sich ein Notar nicht, jedenfalls nicht inhaltlich befassen.

18 (2) In dem Antrag wird auch ein Bezug zu konkreten Niederschriften nicht hergestellt. In zeitlicher Hinsicht ist der Antrag nicht eingegrenzt; es wird die Erteilung von Abschriften aller Niederschriften beantragt, an denen der Erblasser beteiligt war. In gegenständlicher Hinsicht wird nur allgemein auf wirtschaftliche und vermögensrechtliche Aktivitäten des Erblassers hingewiesen und das Stichwort Vermögensverfügungen genannt. Der Notwendigkeit einer zumindest ansatzweisen Konkretisierung der Niederschriften ist der Antragsteller als Nachlassinsolvenzverwalter nicht deshalb enthoben, weil die dem Erblasser erteilten Abschriften durch dessen Witwe vernichtet worden sind. Er muss, wie jeder andere Antragsteller auch, darlegen, um welche Art von Niederschriften es sich handelte und aus welchem Zeitraum sie stammen.

19 (3) Das Vorgehen des Antragstellers zeigt, dass es ihm nicht um die Erteilung von Abschriften konkreter Niederschriften, die bei dem angegangenen Notariat errichtet wurden, sondern darum geht, auf dem „Umweg“ eines Antrags auf Erteilung von Abschriften auszuforschen, ob der Erblasser überhaupt bei dem Notariat Niederschriften hat errichten lassen und welchen Inhalt sie ggf. haben. Auf eine entsprechende Auskunft hat der Antragsteller aber, wie ausgeführt, keinen Anspruch. Der Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften nach § 51 BeurkG hat nicht den Zweck, ihm dennoch dazu zu verhelfen.

20 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 54 Abs. 2 BeurkG, § 84 FamFG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 36 Abs. 3 GNotKG.



18. Beurkundungsbedürftigkeit des Gesellschafterbeschlusses einer GmbH

OLG Celle, Hinweisbeschluss vom 30.06.2021, 3 U 72/21

AktG § 179a

BeurkG § 17

LEITSATZ:

Ein Notar begeht ungeachtet der Entscheidung des BGH vom 08.01.2019 (II ZR 364/18) keine Pflichtverletzung, wenn er den Urkundsbeteiligten als sichersten Weg die notarielle Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses einer GmbH empfiehlt, mit dem die Gesellschafter der Übertragung des Gesellschaftsvermögens oder eines wesentlichen Teils davon zustimmen.

KOSTENRECHT

19. Notargebühren bei Beurkundungen und Beratungen im Zusammenhang mit der Ausübung eines Vorkaufsrechts

KG, Beschluss vom 26.01.2021, 9 W 96/19

GNotKG-KV Nr. 21100 und 21102

LEITSÄTZE:

1. Im Falle einer Auflassungserklärung nach Ausübung eines Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten ist der Kaufvertrag mit dem Erstkäufer nicht das zugrunde liegende Geschäft im Sinne von Nr. 21102 Ziffer 1 KV/GNotKG, sodass für die Beurkundung der Auflassung eine 2,0 Gebühr gemäß Nr. 21100 KV/GNotKG anfällt.

(2.-6. nicht abgedruckt)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin wendet sich gegen eine Kostenberechnung des Antragsgegners vom 29.06.2017 in der berechtigten Fassung vom 11.06.2018 für eine Beurkundung und weitere notarielle Tätigkeiten.

2 Gegenstand der Beurkundung vom 27.06.2017 war u. a. die Auflassung eines neu gebildeten Flurstückes. Die ursprüngliche Eigentümerin verkaufte dieses zunächst noch unvermessene Grundstück durch von einem weiteren Notar beurkundetes Angebot zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrages vom 04.03.2015 und vom Antragsgegner beurkundete Annahmeerklärung vom 04.03.2016. Der Antragsgegner wurde mit dem Vollzug des Kaufvertrages beauftragt. Die Antragstellerin übte mit Schreiben vom 12.05.2016 zu diesem Kaufvertrag ein ihr eingeräumtes und im Grundbuch eingetragenes Vorkaufsrecht aus. (...)

14 a) Für die Beurkundung vom 27.06.2017 ist eine 2,0 Gebühr gemäß Nr. 21100 KV/GNotKG angefallen. Die Gebühr beträgt dagegen nicht gemäß Nr. 21102 Ziffer 1 KV/GNotKG lediglich 1,0.

15 Nach dieser Vorschrift beträgt die Gebühr für ein Beurkundungsverfahren (Nr. 21100 KV/GNotKG) 1,0, wenn Gegenstand des Beurkundungsverfahrens ein Verfügungsgeschäft ist und das zugrunde liegende Rechtsgeschäft bereits beurkundet ist. Dieser privilegierende Tatbestand ist vorliegend nicht erfüllt. Das der Auflassung vom 27.06.2017 als Verfügungsgeschäft im Sinne dieser Vorschrift zugrunde liegende Rechtsgeschäft ist nicht beurkundet worden.

16 aa) Zugrunde liegt einem Verfügungsgeschäft nur das Rechtsgeschäft, welches den Anspruch auf das Verfügungsgeschäft gewährt. Das zugrunde liegende Rechtsgeschäft ist deshalb in der Regel das Kausalgeschäft (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl. 2019, KV 21102 Rdnr. 9).

17 Grundlage für die Auflassung war im vorliegenden Fall der zwischen Verkäuferin und der vorkaufsberechtigten Antragstellerin durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommene Kaufvertrag. Ein Vorkaufsberechtigter tritt durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht in den zwischen Verkäufer und Erstkäufer geschlossenen Kaufvertrag ein. Vielmehr steht der gemäß § 464 Absatz 2 BGB zwischen Vorkaufsberechtigtem und Verkäufer zustande kommende Vertrag neben dem Kaufvertrag zwischen Verkäuferin und Erstkäuferin.

18 Der der Auflassung zugrunde liegende Kaufvertrag (§ 464 Absatz 2 BGB) ist daher nicht beurkundet worden (*Diehn*, Notarkostenberechnungen, 6. Aufl. 2020, Rdnr. 519; *ders.*, Notarkosten, 2018, Rdnr. 407). Notariell beurkundet worden sind allein Angebot und Annahme zum Kaufvertrag zwischen Verkäuferin und Erstkäuferin. Dieser beurkundete Kaufvertrag zwischen Verkäuferin und Erstkäuferin lag jedoch nicht der Auflassung als Verfügungsgeschäft zugrunde.

19 bb) Soweit die vom LG als „wohl herrschende Meinung“ bezeichnete Auffassung in der Literatur davon ausgeht, im Falle einer Auflassungserklärung nach Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten sei der Kaufvertrag mit dem Erstkäufer das zugrunde liegende Geschäft im Sinne von Nr. 21102 Ziffer 1 KV/GNotKG (*Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 21. Aufl. 2020, KV 21101 Rdnr. 17b; so auch *Schneider/Volpert/Fölsch/Fackelmann*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. 2017, KV GNotKG Nr. 21100-21102 Rdnr. 66, *Fackelmann/Heinemann/Fackelmann*, GNotKG, 2013, KV Nr. 21100-21102, Rdnr. 90; *Notarkasse München*, Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Auflassung Rdnr. 172; *Rohs/Wedewer/Wudy*, GNotKG, Stand: Dezember 2016, Anl. 1 KV/Teil 2 2110-21102 Rdnr. 366 stellt darauf ab, ob der Vertrag, durch den das Vorkaufsrecht begründet worden ist, als das zugrunde liegende Geschäft beurkundet worden ist), vermag der Senat dem nicht zu folgen.

20 Sofern diese Auffassung überhaupt begründet wird, wird lediglich auf eine Entscheidung des OLG Celle (Beschluss vom 24.05.1957, 8 Wx 4/57, MittRhNotK 1957, 772 zu § 31 Abs. 1 Nr. 6 KostO a. F.) verwiesen. Die Begründung dieser Entscheidung überzeugt jedoch nicht. Das OLG Celle erkennt hierbei zwar ausdrücklich an, dass das bei einer Auflassung zugrunde liegende Rechtsgeschäft (materiellrechtlich) stets nur das Geschäft ist, dass die Verpflichtung zur

Grundstücksauflassung begründet, und dies nicht der Kaufvertrag zwischen Vorkaufsverpflichteten und Erstkäufer ist, weil der Vorkaufsberechtigte mit Ausübung des Vorkaufsrechts eben nicht in den Vertrag mit dem Erstkäufer eintritt, sondern ein unmittelbares Kaufvertragsverhältnis zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsverpflichteten entsteht. Hierbei handele es sich jedoch „um die bürgerlichrechtliche Konstruktion, aus der für die hier zu entscheidende kostenrechtliche Frage nicht ohne Weiteres Folgerungen gezogen werden können“. Sinn und Zweck der kostenrechtlichen Privilegierung gehe dahin, „die Arbeit des Notars dann geringer zu honorieren, wenn aus besonderen Gründen das Maß seiner Verantwortung und Mühewaltung niedriger ist als in Normalfällen“. Dies sei „gerechtfertigt, wenn (...) bereits ein von einem Notar beurkundeter Vertrag vorliegt, der derart bestimmend für den neu abzuschließenden Vertrag ist, dass die Verantwortung und Mühewaltung des Notars verringert ist. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien des zweiten Vertrages regeln sich nun einmal (...) nach den Bestimmungen, die der Vorkaufsverpflichtete mit dem Ersterwerber getroffen hat, (...). Die dort enthaltenen Angaben über Grundbuchbezeichnung, Grundstücksgröße, Übergabetermin, Mängelhaftung, Kaufpreis und dergleichen sind ohne Weiteres maßgebend, sodass der Notar in dem schon vorhandenen Vertrag wesentliche Angaben vorfindet, die für das Rechtsverhältnis der Vertragsparteien des zweiten Vertrages bestimmend sind.“ Die „Verantwortung und Mühewaltung des Notars“ seien danach geringer, sodass der „erste Vertrag (...) im kostenrechtlichen Sinne der zugrunde liegende Vertrag“ sei (OLG Celle, a. a. O.).

21 Dieser wohl auf eine „teleologische Reduktion“ (*Lappe*, NJW 2004, 489 – insoweit zu § 38 Abs. 2 Ziffer 6 a KostO) gestützte und im Ergebnis letztlich auf eine nicht gerechtfertigte Analogie hinauslaufende Begründung ist die oben dargelegte, am Wortlaut der maßgeblichen Vorschrift orientierte und aus dem materiellen Recht dogmatisch hergeleitete Auslegung von Nr. 21102 Ziffer 1 KV/GNotKG vorzuziehen. Kostenrechtliche Tatbestände können nicht losgelöst von den regelungstechnisch verwendeten materiellrechtlichen Kategorien ausgelegt werden.

22 cc) Im Gegenteil sprechen auch Sinn und Zweck der mit diesen Kostenvorschriften beabsichtigten Gebührenprivilegierung für diese Auslegung.

23 Die geringere Gebühr im Falle einer bereits erfolgten Beurkundung des dem Verfügungsgeschäft zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes soll einem niedrigeren Haftungsrisiko und Aufwand (insbesondere Prüfungs- und Beratungsaufwand) Rechnung tragen. Zu Nr. 21102 Ziffer 2 KV/GNotKG (Aufhebung eines Vertrages) hat der BGH bereits ausgeführt, dass die Gewährleistung leistungsgerechter Gebühren zu den Zielen des Notarkostenrechts gehöre. Mit seiner gesamten Struktur wolle das GNotKG einen Zusammenhang zwischen Aufwand des Notars und Höhe der Gebühren herstellen (BGH, Beschluss vom 09.09.2020, IV ZB 9/20, juris Rdnr. 23).

24 Zweifelsohne fällt bei der Beurkundung einer Auflassung ein weitaus geringerer Aufwand für die rechtliche Prüfung

und die Belehrung der Beteiligten (§ 17 Absatz 1 BeurkG) an, wenn das der Auflassung zugrunde liegende Kausalgeschäft in notariell beurkundeter Form bereits vorliegt. Es liegt aber ebenso auf der Hand, dass bei der Beurkundung einer Auflassung nach Ausübung eines Vorkaufsrechts ohne vorher erfolgte Beurkundung des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes ein höherer Aufwand für die rechtliche Prüfung und die Belehrung der Beteiligten (§ 17 Abs. 1 BeurkG) anfällt, als wenn ein der Auflassung zugrunde liegendes Kausalgeschäft in notariell beurkundeter Form bereits vorliegt. Es geht in einem solchen Fall eben nicht nur darum, Angaben über Grundbuchbezeichnung, Grundstücksgröße, Übergabetermin, Mängelhaftung, Kaufpreis und dergleichen relativ problemlos dem schon vorhandenen Vertrag entnehmen zu können (so aber OLG Celle, a. a. O.). Vielmehr treffen den beurkundenden Notar eigenständige Prüfungs- und Belehrungspflichten. So hat der Notar im Hinblick auf § 925a BGB den Auflassungsanspruch zu prüfen und darüber zu belehren. Im Rahmen dessen umfasst die Prüfung und Belehrung auch die Frage, ob das Vorkaufsrecht bestand und wirksam ausgeübt wurde. Darüber hinaus hat der Notar ggf. auch eine den Verkäufer treffende Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung gegenüber dem Erstkäufer in den Blick zu nehmen (vgl. *Lappe/Moschinski*, NotBZ 2003, 224).

25 Weiter ist zu berücksichtigen, dass durch die unterschiedliche Ausgestaltung der Gebühren auch einem unterschiedlichen Haftungsrisiko angemessen Rechnung getragen werden soll. Zutreffend weisen *Lappe/Moschinski* (a. a. O., siehe auch *Lappe*, NJW 2004, 489) darauf hin, dass sich die ermäßigte Auflassungsgebühr auch daraus rechtfertigt, dass „der/ein Notar beim Grundgeschäft belehrt hat und demgemäß haftet“. Diese Haftung aus dem Grundgeschäft geht mit der Ausübung des Vorkaufsrechts aber „nicht auf den Vorkäufer über“ (*Lappe/Moschinski*, a. a. O.). Mit den zusätzlichen Prüfungs- und Belehrungspflichten bei der Beurkundung einer Auflassung nach Ausübung eines Vorkaufsrechts ohne vorher erfolgte Beurkundung des zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes geht zwangsläufig eine umfangreichere Haftung des Notars einher.

26 Ob der höhere Aufwand für Prüfung, Belehrung und Haftung vorliegend tatsächlich dem Aufwand einer vorherigen oder zeitgleich erfolgten Beurkundung eines Kaufvertrages entspricht oder tatsächlich ggf. geringer ausgefallen ist, ist für den auf zulässigen Generalisierungen beruhenden Gebührentatbestand unerheblich (BGH, Beschluss vom 09.09.2020, IV ZB 9/20, juris Rdnr. 23). (...)

ANMERKUNG:

Von Oberamtsrat i. N. **Stefan Moderegger**, Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Vermeint ist festzustellen, dass Vorkaufsrechte an Grundstücken ausgeübt werden. Dies ist sicherlich auch der hohen Nachfrage auf dem Grundstücksmarkt geschuldet. Immer wieder wirft die Bewertung einer Urkunde über eine Auflassung nach Ausübung eines Vorkaufsrechts Fragen auf. Die wohl überwiegende Meinung vertritt die Auffassung, dass für den nach Ausübung eines

Vorkaufsrechts zustande gekommenen Kaufvertrag eine privilegierte 0,5-Gebühr nach KV-Nr. 21101 GNotKG für die erklärte Auflassung im Raum steht. Diese 0,5-Gebühr nach KV-Nr. 21101 GNotKG ist zu erheben, wenn Gegenstand eines Beurkundungsverfahrens ein Verfügungsgeschäft (Auflassung) ist und derselbe Notar für eine Beurkundung, die das zugrunde liegende Rechtsgeschäft betrifft, die Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG erhalten hat. Eine 1,0-Gebühr nach KV-Nr. 21102 GNotKG ist zu erheben, wenn Gegenstand eines Beurkundungsverfahrens ein Verfügungsgeschäft (Auflassung), das zugrunde liegende Rechtsgeschäft bereits beurkundet ist und KV-Nr. 21101 GNotKG nicht anzuwenden ist; dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn nicht derselbe Notar im Sinne der Vorbemerkung zu KV 2 Abs. 1 GNotKG die Auflassung beurkundet. Als Grundlage wird der zwischen dem Verkäufer und Vorkaufsberechtigten durch Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommene Kaufvertrag gesehen.

Eine andere Meinung vertritt dagegen die Auffassung, dass nach Ausübung eines Vorkaufsrechts das der Auflassung zugrunde liegende Rechtsgeschäft nicht beurkundet ist und damit eine privilegierte Gebühr nach KV-Nr. 21101 bzw. 21102 GNotKG nicht zur Anwendung kommen kann. Vielmehr entsteht durch die Ausübung des Vorkaufsrechts ein neuer Kaufvertrag, wenn auch mit dem Inhalt des bisherigen. Für diesen neuen Kaufvertrag sei eine 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 zu erheben, da es an dem beurkundeten zugrundeliegenden Rechtsgeschäft fehlt, das erfüllt werden kann.

Auch werden Meinungen vertreten, die bei der Anwendung der Wahl des Gebührensatzes darauf abstellen, wie das Vorkaufsrecht begründet wurde, d. h., ob es sich um ein notariell beurkundetes, ein privatrechtliches oder gesetzliches Vorkaufsrecht handelt.

Mit der doch streitigen Frage zur kostenrechtlichen Einordnung waren in der Vergangenheit verschiedene Gerichte befasst, die durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen kamen. Die überwiegend herrschende Meinung in der Literatur¹ vertritt die Auffassung, dass für die Erklärung und Entgegennahme der Auflassung nach Ausübung eines Vorkaufsrechts – gleich ob privatrechtliches oder gesetzliches Vorkaufsrecht –, je nachdem, ob der die Auflassung beurkundende Notar auch den schuldrechtlichen (Erst-)Kaufvertrag beurkundet hat, entweder die 0,5-Gebühr nach KV-Nr. 21101 GNotKG oder die 1,0-Gebühr nach KV-Nr. 21102 GNotKG zu erheben ist. Diese Auffassung wird von der Entscheidung des OLG Celle vom 24.05.1957² gestützt. In dieser Entscheidung stellt das Gericht zwar dar, dass mit der Ausübung des Vorkaufsrechts eine Verpflichtung zur Auflassung be-

gründet wird. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts tritt der Vorkaufsberechtigte jedoch nicht in den Kaufvertrag mit dem Erstkäufer ein. Es entsteht vielmehr ein unmittelbares neues Kaufvertragsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Vorkaufsberechtigten. Allein diese Feststellung des Gerichts würde noch nicht dazu führen, eine privilegierte Gebühr zu erheben. Dass das Gericht einen geringeren Gebührensatz bei Ausübung des Vorkaufsrechts für die erklärte Auflassung sieht, liegt darin begründet, „die Arbeit des Notars dann geringer zu honorieren, wenn aus besonderen Gründen das Maß seiner Verantwortung und Mühewaltung niedriger ist als in Normalfällen“. Das KG zitiert die Ausführungen des OLG Celle in diesem Zusammenhang in weiterer Folge ausführlich. Die Begründung des OLG Celle, die Bemessung der zu erhebenden Gebühr am Aufwand und der Mühewaltung des Notars festzumachen, überzeugt allein nicht. Bereits der BGH³ hat zu KV-Nr. 21102 Ziffer 2 GNotKG ausgeführt, dass die Gewährleistung leistungsgerechter Gebühren zu den Zielen des Notarkostenrechts gehöre. Es mag sein, dass der Notar im Fall der Ausübung eines Vorkaufsrechts zunächst gesehen einen geringeren Arbeitsaufwand hat, da die Bedingungen zwischen dem Vorkaufsberechtigten und Vorkaufsverpflichteten im Erstkaufvertrag niedergelegt sind. Dennoch treffen den Notar auch hier eingehende Prüfungs- und Belehrungspflichten (§ 17 Abs. 1 BeurkG, § 925a BGB). Ob diese vom Aufwand bei dieser Konstellation her als eher geringer anzusehen sind, bleibt dahingestellt.

Das LG Aachen⁴ vertritt im Grundtenor die Auffassung des OLG Celle zur Anwendung einer privilegierten Gebühr nach KV-Nrn. 21101 bzw. 21102 GNotKG. In seiner Entscheidung stellt das Gericht primär auf ein beurkundetes Vorkaufsrecht ab. Zwar fehle es an einem unmittelbaren Übereignungsanspruch des Vorkaufsberechtigten, jedoch sei immerhin die Vereinbarung zwischen den Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten notariell beurkundet und soll nach deren Vorstellung die Rechtsgrundlage für einen möglichen künftigen Übereignungsanspruch sein. Nach Meinung des Gerichts sind ein „zugrunde liegendes Rechtsgeschäft“ für die spätere Grundstücksübertragung an den Vorkaufsberechtigten einerseits sowohl die vertragliche Begründung des Vorkaufsrechts als auch der später maßgebliche Kaufvertrag mit dem ursprünglichen Erwerber. Denn beide sind mitursächlich für die spätere Auflassung an den Vorkaufsberechtigten. Das Gericht führt jedoch in seiner Entscheidung aus, dass auf der anderen Seite weder der Ausgangsvertrag noch das Vorkaufsrecht als solches einen unmittelbar klagbaren Anspruch auf Übertragung des Grundstücks an den Vorkaufsberechtigten begründen. Denn beide Grundvoraussetzungen müssen erfüllt sein und als Drittes muss noch die tatsächliche Ausübung des Vorkaufsrechts hinzukommen, um letztlich einen Auflassungsanspruch in der Person des Berechtigten entstehen zu lassen.

1 Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 21. Aufl. 2020, KV 21101 Rdnr. 17b; Notarkasse München, Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Rdnr. 172; Fackelmann/Heinemann/Fackelmann, GNotKG, 1. Aufl. 2013, KV-Nr. 21100-21102 Rdnr. 90; Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rdnr. 517.

2 8 Wx 5/57, MittRhNotK 1957, 772, § 31 Abs. 1 Nr. 6 KostO a. F.

3 Beschluss vom 09.09.2020, IV ZB 9/20, juris Rdnr. 23.

4 Beschluss vom 28.03.2019, 2 OH 4/18, juris.

Sowohl in der Entscheidung des OLG Celle als auch des LG Aachen wird eher versucht, die kostenrechtlichen Grundsätze so darzustellen, dass die Anwendung der privilegierten Gebühr als eröffnet erscheint. Die materiellrechtliche Betrachtung und die kostenrechtliche Betrachtung fundieren eher in einer pragmatischen, in der Vergangenheit angewandten Bewertungspraxis. Einig sind sich die Gerichte, dass durch die Ausübung des Vorkaufsrechts ein neues Rechtsverhältnis mit den Bedingungen und Vereinbarungen des abgeschlossenen Kaufvertrages entsteht, der Vorkaufsberechtigte jedoch nicht in den ursprünglichen Kaufvertrag mit dem ersten Käufer eintritt. Zu all den nicht ganz überzeugenden kostenrechtlichen Ausführungen in den Entscheidungen zur Einordnung einer privilegierten Gebühr nach KV-Nr. 21101 bzw. 21102 GNotKG ist die nunmehr ergangene Entscheidung des KG zu begrüßen. Der Beschluss des KG arbeitet anhand des Gesetzeswortlautes des GNotKG im Hinblick auf die KV-Nrn. 21100 ff. und der materiellrechtlichen Bestimmung des § 464 BGB nachvollziehbar heraus, dass im Ergebnis für einen Kaufvertrag, der durch die Ausübung eines Vorkaufsrechts zustande kommt, nur eine 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG infrage kommen kann. Die fundierten und gut begründeten Ausführungen des KG zum Ergebnis des Beschlusses überzeugen. Eine privilegierte Gebühr nach KV-Nr. 21101 bzw. 21102 mit einem Gebührensatz von 0,5 bzw. 1,0 kann nach Auffassung des Gerichts nicht infrage kommen, da deren Voraussetzungen bzw. die Tatbestände nicht erfüllt sind. Diese privilegierten Gebühren kämen in Betracht, wenn Gegenstand des Beurkundungsverfahrens ein Verfügungsgeschäft und das zugrunde liegende Rechtsgeschäft bereits beurkundet ist. Bei einem Anspruch auf Auflassung nach der Ausübung eines Vorkaufsrechts ist gerade das zugrunde liegende Rechtsgeschäft nicht beurkundet. Das Gericht zitiert in seiner Begründung auch die Ausführungen von *Sommerfeldt* in *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*,⁵ wonach einem Verfügungsgeschäft nur das Rechtsgeschäft zugrunde liegt, welches den Anspruch auf das Verfügungsgeschäft gewährt. Das zugrunde liegende Rechtsgeschäft ist deshalb in der Regel das Kausalgeschäft.

Nach der materiellrechtlichen Bestimmung des § 464 Abs. 2 BGB kommt bei Ausübung des Vorkaufsrechts ein Kaufvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten (Verkäufer) unter den Bestimmungen zustande, welche der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat. Der Vorkaufsberechtigte tritt durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht anstelle des Erstkäufers in den zwischen dem Verkäufer und dem Erstkäufer geschlossenen Kaufvertrag ein. Es entsteht vielmehr ein neuer Kaufvertrag, also ein neues Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Vorkaufsberechtigten mit dem Inhalt des ursprünglichen Kaufvertrages. Danach sieht das Gericht im Falle der Beurkundung einer Auflassung nach Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Berechtigten zu treffend gerade nicht den Kaufvertrag mit dem Erstkäufer

als das zugrunde liegende Rechtsgeschäft im Sinne von KV-Nr. 21102 GNotKG.

Auch ein Beschluss des LG Traunstein⁶, bestätigt durch den Beschluss des OLG München⁷ zur Sachfrage im Hinblick auf die Anwendbarkeit der KV-Nrn. 21101 bzw. 21102 GNotKG bei Beurkundung einer Auflassung nach Vorkaufsausübung, kommen jeweils zum Ergebnis, dass ein zugrunde liegendes beurkundetes Rechtsgeschäft, das durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommt und erfüllt werden soll, nicht gegeben ist.

Aufgrund der überzeugenden und gut begründeten Ausführungen der Gerichte zur Sachfrage in den jüngsten Entscheidungen ändert die Notarkasse ihre bisher vertretene Auffassung der Bewertungspraxis⁸. So ist für einen Kaufvertrag, der aufgrund Ausübung eines Vorkaufsrechts zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und Vorkaufsberechtigten zustande kommt, aus dem Wert des Kaufvertrags gemäß § 47 GNotKG eine 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG zu erheben. Mit dieser Bewertungspraxis werden auch anderweitige kostenrechtlichen Fragen beseitigt, die sich in der Vergangenheit immer wieder gestellt haben, wenn nach Ausübung des Vorkaufsrechts neben der erklärten Auflassung Anpassungen und Änderungen des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Kaufvertrags vorgenommen wurden. Typischerweise mussten in den meisten Fällen die Voraussetzungen zur Kaufpreisfälligkeit angepasst werden. Auch hatte sich der Vorkaufsberechtigte als neuer Käufer wegen seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises der Zwangsvollstreckung unterworfen. Soweit der neue Käufer den Kaufpreis finanzieren musste, waren die diesbezüglichen Erklärungen mitaufzunehmen, einschließlich einer Belastungsvollmacht. Zwischen der erklärten Auflassung und den „neuen“ Vereinbarungen liegt gemäß § 109 Abs. 1 GNotKG derselbe Beurkundungsgegenstand vor. Jegliche neue Vereinbarung, Änderung oder Anpassung ist mit der Erhebung der 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG aus dem Wert der Auflassung abgegolten.

6 Beschluss vom 04.06.2021, 1 T 2505/18, nv.

7 Beschluss vom 30.07.2021, 32 Wx 256/21, nv.

8 Notarkasse München, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 172 ff.

5 GNotKG, 4. Aufl. 2021, KV-Nr. 21102, Rn 9.

ÖFFENTLICHES RECHT

20. Angemessenheit einer Rückübertragungsverpflichtung bei Verstoß gegen Bauverpflichtung

OLG München, Endurteil vom 16.06.2021, 20 U 4632/20

BauGB § 11 Abs. 2
BGB §§ 133, 157, 462

LEITSÄTZE:

1. **Prüfungsmaßstab für die Frage der Wirksamkeit einer Bauverpflichtung mit einer Rückübertragungsverpflichtung in einem städtebaulichen Vertrag ist ausschließlich § 11 Abs. 2 BauGB und nicht das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Maßgeblich sind bei der Prüfung im Rahmen des § 11 Abs. 2 BauGB die Gesamtumstände, sodass es für die objektive Angemessenheit nicht auf einzelne Regelungen ankommt, sondern auf eine Gesamtbetrachtung der vertraglichen Vereinbarungen und der daraus resultierenden Belastungen, aber auch Vorteile für den privaten Vertragspartner. Dabei darf es kein klares Missverhältnis zulasten des privaten Vertragspartners geben. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Bei einem Verkauf von Bauland an einen privaten Käufer im Rahmen eines städtebaulichen Vertrags, in dem die Länge der Frist zur Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht ausdrücklich geregelt ist, ist die Länge dieser Frist durch Auslegung zu ermitteln, wobei sich an der gesetzlichen Höchstfrist von 30 Jahren nach § 462 Satz 1 BGB orientiert werden kann. (Leitsatz der Schriftleitung)**
4. **Bei einem Verkauf von Bauland an einen privaten Käufer im Rahmen eines städtebaulichen Vertrags ist eine Bindungsfrist von 30 Jahren für die Ausübung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde grundsätzlich nur dann angemessen, wenn dem Erwerber ein besonders hoher Preisnachlass gewährt wurde oder sonst außergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine derart lange Bindung des Erwerbers rechtfertigen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Kläger macht einen Rückübertragungsanspruch aus einem notariellen Kaufvertrag über ein Grundstück geltend.

2 Der Kläger – eine Marktgemeinde in Niederbayern – verkaufte mit notariellem Vertrag vom 21.01.1994 dem Beklagten das Grundstück Flst. Nr. (...)86/74 der Gemarkung F zum Preis von 59.472 DM (30.407,55 €). Das Grundstück hat eine Größe von 944 m². Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass es sich um einen marktgerechten Preis handelte.

3 In den Ziffern XI. und XII. des notariellen Vertrages (...) vereinbarten die Parteien eine Rückübertragungsverpflichtung u. a. für den Fall, dass der Beklagte nicht innerhalb

einer Frist von acht Jahren auf dem Grundstück ein Wohngebäude errichtet. Auf Verlangen des Verkäufers ist der Käufer danach verpflichtet, das Eigentum an dem Vertragsgrundstück an den Käufer kosten- und lastenfrei rückzuübertragen. Im Gegenzug soll der Käufer den damaligen Kaufpreis sowie aufgewendete Kosten für Erschließungsmaßnahmen erhalten. Eine ausdrückliche Regelung für die Frist zur Ausübung des Wiederkaufsrechts findet sich in der Vertragsurkunde nicht.

4 In der Folgezeit errichtete der Beklagte kein Gebäude.

5 Mit Schreiben vom 14.11.2014 teilte die Klagepartei durch ihren ersten Bürgermeister mit, dass sie von ihrem Rückübertragungsrecht Gebrauch mache (...).

(...)

7 Erstinstanzlich beantragte der Kläger:

1. Der Beklagte wird verurteilt, das Grundstück FINr.: (...)86/74 der Gemarkung F, H-Weg 3, (...) F, an den Kläger aufzulassen und die Eintragung im Grundbuch zu bewilligen.

2. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten i. H. v. 1.474,89 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

8 Der Beklagte beantragte

Klageabweisung.

9 Er ist der Auffassung, dass der geltend gemachte Anspruch wegen Verstoßes gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung nicht bestehe. Außerdem sei der Rückübertragungsanspruch verjährt.

10 Mit Endurteil vom 01.07.2020 verurteilte das LG den Beklagten antragsgemäß. Der Kläger habe ein berechtigtes Interesse daran, dass der Käufer der Bauverpflichtung nachkomme. Damit solle Wohnraum geschaffen und Bodenspekulation verhindert werden. Die vertragliche Ausgestaltung der Bauverpflichtung sei nicht zu beanstanden. Aus dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung ergebe sich keine Pflicht zur Prämierung rechtswidrigen Verhaltens. Der Anspruch sei auch nicht verwirkt, da zum erforderlichen Umstandsmoment nichts vorgetragen worden sei.

11 Mit seiner Berufung verfolgt der Beklagte wie schon erstinstanzlich die Abweisung der Klage. Seine Berufung begründet er im Wesentlichen wie folgt:

„Die Voraussetzungen für den geltend gemachten Rückübertragungsanspruch lägen nicht vor. Die diesbezüglichen vertraglichen Vereinbarungen verstießen gegen das Verbot der angemessenen Vertragsgestaltung im Sinne von § 11 Abs. 2 BauGB. Das LG habe die Klauseln Ziffer XI. und XII. unzulässig vermischt. Es bestehe schon keine Bebauungsverpflichtung gemäß Ziffer XI. des notariellen Vertrags. Zu berücksichtigen sei, dass der vom Beklagten bezahlte Kaufpreis nicht subventioniert gewesen sei, sondern dem Marktniveau entsprochen habe. Deshalb müsse er als Eigentümer auch die uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit über sein Grundstück behalten. Im Übrigen habe der Kläger

innerhalb der achtjährigen Frist nicht auf die Pflicht zur Bebauung hingewiesen. Das Urteil verletze den Beklagten mithin in seinem Recht aus Art. 14 Abs. 1 GG. Zudem müsse bei der Prüfung der angemessenen Vertragsgestaltung eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung vorgenommen werden. Vorliegend stehe die Rückübertragungsverpflichtung nicht in einem angemessenen Verhältnis zur unterlassenen Bebauung. Es sei nicht nachvollziehbar, warum der Beklagte „prämiert“ worden wäre, wenn die nach dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung erforderliche Interessenabwägung erfolgt wäre.“

12 Im Berufungsverfahren beantragt der Beklagte:

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des LG Landshut vom 01.07.2020, 91 O 2179/19, aufgehoben.
2. Die Klage wird abgewiesen.

13 Der Kläger beantragt

die Zurückweisung der Berufung.

14 Das Erstgericht habe den Beklagten zutreffend zur Rückübertragung verurteilt. Die Regelungen in Ziffer XI. und XII. des notariellen Vertrags seien sowohl im Lichte des Gebots der angemessenen Vertragsgestaltung als auch als allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam. Zwar ergebe die Auslegung hier, dass die gesetzliche Höchstfrist von 30 Jahren nach § 462 Satz 1 BGB zur Ausübung des Wiederkaufsrechts vereinbart worden sei, diese Frist mache die vertragliche Regelung aber nicht unwirksam. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung des BGH, insbesondere aus der Entscheidung vom 21.07.2006, V ZR 252/05. Dort habe der BGH ausdrücklich eine 30-jährige Frist zur Ausübung des Wiederkaufsrechts gebilligt. Gleiches ergebe sich aus einem obiter dictum in der Entscheidung BGH, NJW 2015, 3169. Unter Berücksichtigung der dort aufgestellten Maßstäbe sei die streitgegenständliche Vertragsgestaltung ausgewogen.

15 II. Das angefochtene Urteil war aufzuheben und die Klage abzuweisen, weil im Gegensatz zur Auffassung des LG der geltend gemachte Rückübertragungsanspruch nicht besteht. Die Regelungen in den Ziffern XI. und XII. des notariellen Vertrags vom 21.01.1994 verstoßen gegen das Gebot der angemessenen Vertragsgestaltung gemäß § 11 Abs. 2 BauGB bzw. § 6 Abs. 3 Satz 4 BauGB – MaßnahmenG.

16 1. Bei dem streitgegenständlichen Vertrag handelt es sich um einen städtebaulichen Vertrag im Sinne von § 11 BauGB mit der Vereinbarung eines nicht der Verjährung unterliegenden (vgl. BGH, NJW 2012, 2504, beck-online; jurisPK-BGB/Müller, Stand: 01.02.2020 § 462 Rdnr. 4) Wiederkaufsrechts gemäß §§ 456 ff. BGB. Dass in dem Vertrag nicht ausdrücklich der Begriff „Wiederkaufsrecht“ verwendet wurde, ist unschädlich. Im Übrigen ist zwischen den Parteien unstreitig, dass ein derartiges Wiederkaufsrecht vereinbart worden ist.

17 2. Prüfungsmaßstab für die Frage der Wirksamkeit der diesbezüglichen Vertragsklauseln ist allein § 11 Abs. 2 BauGB und nicht das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingun-

gen (vgl. BGH, NJW 2015, 3169 Rdnr. 9; Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 11 Rdnr. 81, jew. zitiert nach beck-online).

18 Dass die Vorschrift des § 11 Abs. 2 BauGB zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht in Kraft war, ändert daran nichts. Vorher galt der insoweit inhaltsgleiche § 6 Abs. 3 Satz 4 BauGB – MaßnahmenG (vgl. auch BeckOK-BauGB/Hoffmann, Stand: 01.02.2021, § 11 Rdnr. 1). Es handelt sich bei § 11 BauGB nicht um originär neues Recht, sondern lediglich um eine Klarstellung und Absicherung der bisher schon geltenden Rechtslage (vgl. BGH, NJW 2003, 888, beck-online).

19 3. Maßgeblich sind bei der Prüfung die Gesamtumstände, sodass es für die objektive Angemessenheit – anders als bei Prüfung von AGB – nicht auf einzelne Regelungen ankommt, sondern auf eine Gesamtbetrachtung der vertraglichen Vereinbarungen und der daraus resultierenden Belastungen, aber auch Vorteile für den privaten Vertragspartner. Dabei darf es kein klares Missverhältnis zulasten des privaten Vertragspartners geben (vgl. BGH, NJW 2019, 2602; NJW 2010, 3505; BVerwG, NVwZ 2009, 1109; Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB, § 11 Rdnr. 75, jew. zitiert nach beck-online).

20 Im vorliegenden Fall sind insbesondere zwei Umstände gegeneinander abzuwägen: Die Tatsache, dass der Kaufpreis nicht subventioniert war einerseits und die Länge der Frist zur Ausübung des Wiederkaufsrechts andererseits.

21 4. Da die Parteien die Länge der Frist zur Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht ausdrücklich im Vertrag geregelt haben, ist sie durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Diese Auslegung ergibt die Vereinbarung einer 30-jährigen Frist.

22 Dass sich keine ausdrückliche Regelung in der Vertragsurkunde findet, bedeutet nach Auffassung des Senats nicht, dass die Parteien ein unbefristetes Wiederkaufsrecht vereinbart haben. Eine solche Vereinbarung wäre im Übrigen unzulässig (vgl. Staudinger/Schermaier, Neub. 2013, § 462 Rdnr. 2, zitiert nach juris). Mangels abweichender privatautonomer Vereinbarung, die gemäß § 462 Satz 2 BGB möglich ist, gilt hier die gesetzliche Höchstfrist von 30 Jahren nach § 462 Satz 1 BGB als vereinbart, zumal keine sonstigen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Parteien eine kürzere Frist vereinbaren wollten.

23 5. Letztlich kommt es im vorliegenden Fall nicht darauf an, ob eine 30-jährige Frist gelten sollte oder ein unbefristetes Wiederkaufsrecht, denn in beiden Fällen wäre hier das Gebot der Angemessenheit verletzt.

24 Zwar hat der BGH in einigen Fällen die Vereinbarung einer 30-jährigen Frist für unbedenklich gehalten (vgl. BGH, NJW-RR 2006, 298; NJW-RR 2006, 1452, jew. zitiert nach beck-online), allerdings handelte es sich dabei um Fälle, in denen die Käufer das jeweilige Grundstück subventioniert erworben hatten. In diesen Fällen sah der BGH eine 30-jährige Frist, mit der die Zweckbindung der Subvention (das mit dem verbilligten Verkauf verbundene Ziel, einer Familie zu einem Eigenheim und damit zu einer Lebensgrundlage zu



verhelfen) erreicht werden soll, noch als angemessen an (so BGH, NJW-RR 2006, 1452, beck-online).

25 Hier wurde dem Beklagten jedoch kein Preisnachlass gewährt. Bei einer Rückübertragung soll er zudem nur den damals bezahlten Kaufpreis und die aufgewendeten Erschließungskosten erhalten. In einer Gesamtschau ist die vertragliche Gestaltung unbillig und verstößt auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH gegen das Gebot der Angemessenheit gemäß § 11 Abs. 2 BauGB.

26 Bei einem Verkauf verbilligten Baulandes an einen privaten Käufer im Rahmen eines städtebaulichen Vertrags ist eine Bindungsfrist von 30 Jahren für die Ausübung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde grundsätzlich nur dann angemessen, wenn dem Erwerber ein besonders hoher Preisnachlass gewährt wurde oder sonst außergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine derart lange Bindung des Erwerbers rechtfertigen (vgl. BGH, NJW 2019, 2602; vgl. auch NJW 2015, 3169: Störung des Äquivalenzverhältnisses zwischen den Leistungen der Parteien bei einem Preisnachlass von 20 % und einer 20 Jahre überschreitenden Frist für die Ausübung des Wiederkaufsrechts). Dass der BGH in einem obiter dictum am Ende der Entscheidung BGH, NJW 2015, 3169 ausführte, dass die Vereinbarung einer Ausübungsfrist von 30 Jahren für den Sonderfall des Weiterverkaufs des unbebauten Grundstücks Bestand haben könnte, ist für den hiesigen Fall ohne Belang, denn hier geht es nur um die Nichtbebauung und nicht um den Weiterverkauf, der mit einem Gewinn aus der Bodenwertsteigerung einherginge.

27 6. Soweit nach der Rechtsprechung des BGH eine unwirksame Ausübungsfrist nicht zur Unwirksamkeit des Wiederkaufsrechts insgesamt führe, wenn die entstandene Lücke im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 157, 133 BGB) geschlossen werden könne (BGH, NJW 2019, 2602), führt dies hier zu keinem anderen Ergebnis. Hier ist dem Käufer des Grundstücks unstreitig kein Preisnachlass gewährt worden. Selbst wenn man in einem solchen Fall eine (moderate) Frist für die Ausübung des Wiederkaufsrechts als zulässig ansehen sollte, wäre diese hier abgelaufen, denn die Gemeinde hat erst über 20 Jahre nach Abschluss des notariellen Kaufvertrags von ihrem Recht Gebrauch gemacht.

28 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

29 Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

30 Der Streitwert wurde gemäß § 47 Abs. 1, § 48 GKG, § 3 ZPO festgesetzt.

31 IV. Die Revision war nicht gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen, denn die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen nicht vor. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, die auf Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des BGH entschieden werden kann.

ANMERKUNG:

Von Notar PD Dr. **Patrick Meier**,
Bischofsheim i. d. Rhön

1. Ausgangslage und Entscheidung

Die Entscheidung des OLG München befasst sich mit einer aus notarieller Sicht alltäglichen Fallgestaltung: Eine Gemeinde verkauft ein Baugrundstück an eine Privatperson. Der Erwerber „verpflichtet“¹ sich dazu, das Grundstück innerhalb einer bestimmten Frist (in dieser Konstellation: acht Jahre) nach mehr oder weniger konkreten Vorgaben² zu bebauen. Für den Fall, dass dies nicht geschieht, wird zwischen den Beteiligten vereinbart, dass der Gemeinde ein Recht zum Rückerwerb zustehen soll.³ Zum Streit kam es, weil der Erwerber tatsächlich die Bebauung nicht durchführte und die Gemeinde daraufhin die Rückübertragung verlangte. Die spezifische Problematik bestand hier allerdings darin, dass der Kaufvertrag bereits im Jahr 1994 abgeschlossen wurde, die Gemeinde die Rückübertragung aber erst im Jahr 2014 verlangte, obwohl die Bauverpflichtung innerhalb von acht Jahren nach Abschluss des Vertrages zu erfüllen gewesen wäre. Mithin lagen zwischen Ablauf der Frist zur Bebauung und der Geltendmachung des Rückübertragungsrechts immerhin zwölf Jahre.

Das OLG München entschied in Abweichung zur Vorinstanz, dass der Gemeinde ein entsprechendes Rückforderungsrecht nicht zur Seite steht. Dabei stützt sich der Senat auf § 11 Abs. 2 BauGB und geht davon aus, dass ein Wiederkaufsrecht mit einer derart langen Ausübungsfrist gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung verstoße. Die Vereinbarung zwischen den Beteiligten sei daher unwirksam, sodass die Gemeinde aus ihr keine Rechte ableiten könne. Ob im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH eine ergänzende Vertragsauslegung dahin gehend vorgenommen werden könne, dass das Wiederkaufsrecht zumindest für eine bestimmte Zeit aufrechterhalten bleibe, ist nach Ansicht des Senats vorliegend unerheblich, da jedenfalls eine Frist von zwölf Jahren das zulässige Maß überschreite.

2. Bewertung

Die Entscheidung kann weder in der Begründung noch im Ergebnis überzeugen.

a) Prüfungsmaßstab

Im Ergebnis nicht zu beanstanden ist die Aussage, dass Prüfungsmaßstab für den Vertrag und seine Regelungen ausschließlich die Vorschrift des § 11 Abs. 2 BauGB sei,

1 Nach Auffassung einiger Autoren handelt es sich allerdings um eine Obliegenheit: *Leidner*, DNotZ 2019, 83, 88; *ders.*, MittBayNot 2021, 108.

2 Siehe dazu: *Würzburger Notarhandbuch/Hertel*, 6. Aufl. 2022, Teil 6 Rdnr. 192.

3 Insoweit handelt es sich typischerweise um ein Wiederkaufsrecht: *Beck'sches Notar-Handbuch/Grziwotz*, 7. Aufl. 2019, § 10 Rdnr. 19; *Würzburger Notarhandbuch/Hertel*, Teil 6 Rdnr. 196.



das AGB-Recht dagegen keine Anwendung finden solle.⁴ Der BGH hat die Frage der Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB neben § 11 Abs. 2 BauGB für Verträge, die wie hier vor dem 31.12.1994, und damit vor Inkrafttreten der Klauselrichtlinie, geschlossen wurden, verneint⁵ und dies nur für spätere Vereinbarungen offen gelassen.⁶ Würde der Vertrag aus einer Zeit nach dem Inkrafttreten der Klauselrichtlinie⁷ stammen, könnte es aber keinen Zweifel daran geben, dass beide Rechtsregime parallel zur Anwendung gelangen müssen.⁸ § 11 Abs. 2 BauGB ist bereits kraft expliziter Anordnung im Gesetz für jeden städtebaulichen Vertrag als Prüfungsmaßstab heranzuziehen; die Norm kann die §§ 305 ff. BGB allerdings nicht verdrängen, weil diese – zumindest teilweise – auf den europäischen Vorgaben beruhen, deren Geltung nicht durch das nationale Recht abbedungen werden kann.⁹ Jedenfalls soweit die Gemeinden als Unternehmer auftreten¹⁰ und Verträge mit Verbrauchern schließen, gebietet das europäische Recht in Form der Klauselrichtlinie eine Kontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen, sodass der nationale Gesetzgeber nur dann die Prüfung ausschließlich auf § 11 Abs. 2 BauGB beschränken könnte, wenn hierdurch gewährleistet wäre, dass die europäischen Vorgaben im deutschen Recht stets abgebildet werden. Dies ist aber gerade nicht der Fall. § 11 Abs. 2 BauGB stellt vielmehr eine Gesamtbetrachtung an, wonach für den Vertragspartner vorteilhafte Klauseln nachteilige aufwiegen können und der Vertrag daher insgesamt als angemessen gelten kann.¹¹ Im Rahmen der AGB-Kontrolle kommt es demgegenüber ausschließlich auf die Zulässigkeit jeder einzelnen Klausel an. Damit ist die Kontrolle dort intensiver und kann deshalb durch § 11 Abs. 2 BauGB nicht gleichwertig ersetzt werden.¹² Für den hier zu besprechenden Sachverhalt bleibt dies jedoch ohne Belang, da der Vertrag gerade keine vom Gesetz abweichende Gestaltung vorge-

4 Rdnr. 17 der besprochenen Entscheidung.

5 BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 99 f.

6 So z. B. BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 271/14, NJW 2015, 3169, 3170.

7 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. 1993, L 095).

8 *Albrecht*, DNotZ 1996, 546, 547; *Hofstetter*, BWNNotZ 2000, 5, 6; *Rastätter*, DNotZ 2000, 17, 24; anders aber z. B. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/*Krautzberger*, BauGB, Stand: Mai 2021, § 11 Rdnr. 171a ff.; im Ergebnis wie hier, aber von einem strengeren Maßstab im öffentlichen Recht ausgehend: *Grziwotz*, NVwZ 2002, 391, 392 ff.

9 So auch *Grziwotz*, NVwZ 2002, 391, 394; BeckOK-BGB/*Schmidt*, Stand: 01.02.2022, § 307 Rdnr. 8; in diese Richtung auch BeckOGK-BGB/*Eckelt*, Stand: 15.07.2021, § 307 Rdnr. 12.

10 Dazu näher *Meier/Schmitz*, NJW 2019, 2345, 2347.

11 Siehe dazu auch Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung; anders aber *Grziwotz*, NVwZ 2002, 391, 392 ff., der davon ausgeht, § 11 Abs. 2 BauGB enthalte dennoch strengere Vorgaben.

12 *Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt*, Baugesetzbuch, 14. Aufl. 2019, § 11 Rdnr. 75; a. A. *Grziwotz*, NVwZ 2002, 391, 392 ff.

sehen hat, sodass gemäß § 307 Abs. 3 BGB eine entsprechende Regelung jedenfalls kontrollfrei wäre.

b) Unzulässigkeit der Ausübungsfrist

Kern der Entscheidung ist jedoch die Aussage des Senats, die Gewährung eines Wiederkaufsrechts für die Gemeinde bei Nichtbebauung des Grundstücks mit einer Ausübungsfrist für das entstandene Recht von 30 Jahren stelle eine unangemessene Vertragsgestaltung im Sinne des § 11 Abs. 2 BauGB oder des § 6 Abs. 3 Satz 4 BauGB-MaßnahmenG dar und sei infolgedessen rechtswidrig und folglich gemäß § 134 BGB¹³ nichtig. Dabei spielt für das OLG München nicht die Frist zur Vornahme der gewünschten Bebauung eine Rolle, sondern es kommt für den Senat auf die Frist zur Ausübung des durch die Nichtvornahme der verlangten Handlung entstandenen Rechts an.

aa) Frist zur Bebauung

Unbeanstandet lässt der Senat die achtjährige Frist für die Vornahme der Bebauung des Grundstücks. Dies erweist sich auch als zutreffend. Selbst bei einem unsubventionierten Verkauf eines Grundstücks ist es den Gemeinden grundsätzlich nicht untersagt, dem Erwerber eine Pflicht oder eine Obliegenheit zur Bebauung des Grundstücks aufzuerlegen.¹⁴ Hieran hat die Gemeinde ein eigenes, integrales Interesse, da zum einen Baulücken das Erscheinungsbild der Gemeinde trüben und zum anderen die Entwicklung der Gemeinde gefährdet ist, da bebaubare, aber nicht bebaute Grundstücke zumindest ein potenzielles Hindernis für die Ausweisung weiterer Baugebiete darstellen und damit die Schaffung von Wohnraum in der Gemeinde verhindern können.

Darüber hinaus ist auch die gewählte Länge der Frist nicht zu beanstanden. Wird dem Erwerber auferlegt, das Grundstück zu bebauen, wirkt sich vielmehr eine längere Frist allein zu seinen Gunsten aus, weil er in diesem Fall freier darüber disponieren kann, wann und in welchem Zeitraum er dem Baugebot nachkommen will. Dies gilt gleichermaßen, wenn das Gebot damit flankiert wird, das Grundstück nicht unbebaut zu veräußern, weil es der Erwerber dann selbst in der Hand hat, die Länge der Veräußerungsbeschränkung zu bestimmen. Eine zu lange Frist für die Bebauung ist daher kaum denkbar, sodass eine Unangemessenheit sich nur allenfalls daraus ergeben kann, falls die Frist derart lange gewählt ist, dass sich eine städtebauliche Zielsetzung hiermit nicht mehr verfolgen lässt und es damit an der sachlichen Rechtfertigung insgesamt fehlt.

bb) Ausübungsfrist

Auch im Ergebnis nicht mehr gefolgt werden kann dem OLG München in seiner Beurteilung der Länge der zulässigen Ausübungsfrist.

13 So zu Recht BGH, Urteil vom 15.02.2019, V ZR 77/18, NZM 2019, 597, 599.

14 So wohl ebenfalls Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 6 Rdnr. 192.

(1) Bestimmung der Fristdauer

Bereits die Herleitung der vom Senat unterstellten Fristdauer für die Ausübung ist kritikwürdig. Das OLG München stützt seine Annahme, eine 30-jährige Frist sei vereinbart, auf eine Auslegung des Vertrags.¹⁵ Ausgehend von der Feststellung, dass die Urkunde keine Regelung enthält,¹⁶ will es eine ergänzende Vertragsauslegung vornehmen, wofür es jedoch an der methodischen Grundlage fehlt. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nämlich nur dann in Betracht, wenn der Vertrag selbst keine Regelungen trifft und kein dispositives Gesetzesrecht besteht, das eine etwaige Lücke füllen könnte.¹⁷ Gerade Letzteres ist allerdings mit § 462 Satz 2 BGB gegeben. Folglich resultiert die 30-jährige Ausübungsfrist nicht aus einer Auslegung des Vertrags, sondern aus der unmittelbaren Anwendung der Norm. Dieses, nur auf den ersten Blick unbedeutend erscheinende, Detail entfaltet große Bedeutung, weil der Senat im Anschluss daran seine Auffassung zur unangemessenen Vertragsgestaltung entwickelt. Hätte er zutreffend erkannt, dass es sich ausschließlich um die unmittelbare Gesetzesanwendung handelt, so wäre seiner Lösung von vornherein der Boden entzogen gewesen.

(2) Unzulässigkeit der Gesetzeskontrolle

Schon aus dem Grund, dass das OLG München damit in der Sache behauptet, das Gesetz sei unangemessen, können auch die weiteren Aussagen der Entscheidung nicht überzeugen. Der Notar und die Beteiligten hatten in Bezug auf das vereinbarte Wiederkaufsrecht schlicht die existierende Regelung des BGB beibehalten, worin sich allerdings unter keinen Umständen eine unangemessene Vertragsgestaltung erblicken lässt. Es liegt nämlich keine „Gestaltung“ vor, soweit die Beteiligten das bestehende Gesetzesrecht nicht antasten. Zudem kann darin auch keine Unangemessenheit gesehen werden, weil es sich hierbei um die Wertentscheidung des Gesetzgebers handelt, die gerade prägt, was als angemessen oder unangemessen zu gelten hat. Dies zeigt sich in kaum zu verkennender Deutlichkeit an den Wertungen des AGB-Rechts. Dort bestimmt § 307 Abs. 3 BGB zum einen, dass nur Abweichungen von der gesetzlichen Fassung überhaupt einer Kontrolle zugänglich sind;¹⁸ zum anderen regelt § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass nur die Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Fassung die Unangemessenheit indiziert. Dies belegt, dass

das Gesetz grundsätzlich als angemessen zu gelten hat und vorgibt, wie Rechtsbeziehungen bestmöglich angemessen gestaltet werden können.

Das OLG München konterkariert durch seine Entscheidung diese Wertung.¹⁹ Indem es die 30-jährige Ausübungsfrist vor dem Hintergrund des § 11 Abs. 2 BauGB verwirft, rügt es letztlich den Gesetzgeber, unangemessene Gesetze zu erlassen. Dies steht einem Gericht aber im Rahmen der Gewaltenteilung nicht zu, da es an Recht und Gesetz gebunden ist und deshalb nicht selbst die Gesetze auf Zweckmäßigkeit prüfen darf. Einzig kann ein Gericht unter den Voraussetzungen des Art. 100 GG dem BVerfG ein Gesetz zur Prüfung auf seine Verfassungsgemäßheit vorlegen; wie § 307 Abs. 3 BGB zeigt, darf es allerdings auch nicht mittelbar das Gesetz auf dessen sachliche Richtigkeit und Zweckmäßigkeit bewerten.²⁰ Im Rahmen des § 11 Abs. 2 BauGB gilt nichts anderes, da auch dort die gesetzgeberischen Wertentscheidungen leitend sind.

(3) Keine unangemessene Gestaltung

Doch selbst wenn man über diese Aspekte hinwegsieht, bleibt die Entscheidung des OLG München unverständlich. Zur Bestimmung, ob es sich um eine unangemessene Vertragsgestaltung handelt, differenziert der Senat nämlich danach, ob der ursprüngliche Verkauf subventioniert oder unsubventioniert erfolgte.²¹ Zwar trifft es zu, dass der BGH wesentliche Teile seiner Rechtsprechung zu § 11 Abs. 2 BauGB auf diese Unterscheidung stützt;²² das OLG München bleibt aber eine Begründung schuldig, warum einem Erwerber, der das Grundstück zu verbilligten Preisen erhalten hatte, eine längere Schwebezeit zwischen Entstehung des Wiederkaufsrechts und dessen Ausübung zumutbar sein soll, als einem solchen, der den Vertrag zum Marktpreis geschlossen hat. Entscheidend für die mögliche Unangemessenheit ist für das OLG die lange Dauer zwischen Entstehung des Rechts und dem letztmöglichen Zeitpunkt seiner Ausübung, also dessen Erlöschen. Nimmt man mit dem Senat und im Widerspruch zum Gesetzgeber an, dass eine 30-jährige Bedenkzeit dem Vertragspartner unzumutbar sei, muss dies aber unabhängig davon gelten, ob die Gemeinde ursprünglich spezifische öffentlichrechtliche Ziele verfolgt und daher den Preis gemindert hatte.²³ Eine längere Überlegungsfrist für die Ausübung des Wiederkaufsrechts ist nicht geeignet, die öffentlichrechtlichen Ziele

15 Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

16 Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

17 Siehe dazu und zu vereinzelten Ausnahmen: Staudinger/Roth, Neub. 2020, § 157 Rdnr. 23; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl. 1999, § 157 Rdnr. 112; noch stärker einschränkend: Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl. 2017, Rdnr. 158.

18 Daher sind insbesondere deklaratorische Klauseln ausgeschlossen: Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, AGB-Recht, Kommentar, 12. Aufl. 2016, § 307 Rdnr. 17; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, AGB-Recht, Kommentar, 7. Aufl. 2020, § 307 Rdnr. 331.

19 Auch innerhalb des § 11 Abs. 2 BauGB sind die gesetzlichen Wertungen zu berücksichtigen: Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, Baugesetzbuch, § 11 Rdnr. 76.

20 BGH, Urteil vom 05.04.1984, III ZR 2/83, BGHZ 91, 55, 57; Urteil vom 08.05.2012, XI ZR 61/11, NJW 2012, 2337, 2338; Urteil vom 08.10.2014, XII ZR 164/12, NJW-RR 2015, 114, 115.

21 Rdnr. 24 ff. der besprochenen Entscheidung.

22 Siehe zur Übersicht z. B. Leidner, MittBayNot 2020, 79 ff.

23 Siehe zur Zulässigkeit: BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 103 f.; Urteil vom 08.02.2019, V ZR 176/17, NJW 2019, 2016, 2018; Urteil vom 15.02.2019, V ZR 77/18, NJW 2019, 2602, 2604.

stärker zu fördern, sodass die Zumutbarkeit nicht in Abwägung zur Kaufpreisreduzierung bestimmbar ist. Vielmehr muss abstrakt entschieden werden, welche Schwebezeit dem Vertragspartner gegenüber noch vertretbar ist. Diese ist dann aber für jeden Erwerber grundsätzlich gleich.

Die vom Senat gewählte Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH, wonach eine 30-jährige Bindungsfrist nur zulässig sein soll, wenn besonders hohe Subventionen gewährt worden sind, geht fehl. Dies ergibt sich schon daraus, dass in der damaligen Entscheidung die Wiederkaufsverpflichteten innerhalb der 30-jährigen Frist die unerwünschte Handlung bei Drohung eines Wiederkaufsrechts zu unterlassen hatten, sodass es nicht um die Ausübung des entstandenen Rechts, sondern um die Frist ging, in der ein Verbot festgelegt war und somit das Recht entstehen konnte. Zudem betont der BGH in der durch den Senat zitierten Entscheidung sogar ausdrücklich, dass eine 30-jährige Frist deshalb keine unzulässige Gestaltung darstellt, weil dies mit der gesetzlichen Fassung übereinstimmt.²⁴ Selbst wenn sich das OLG aber auf das andere genannte Urteil²⁵ stützen wollte, ist seine Entscheidung nicht konsequent. Der BGH hat dort zwar ausgesprochen, dass ein Wiederkaufsrecht für eine längere Frist als 30 Jahre nicht wirksam ausgeübt werden könne, allerdings hat er in der Folge nicht die Vereinbarung als unzulässig angesehen, sondern stattdessen betont, dass es der Gemeinde verwehrt sei, das Recht auszuüben.²⁶ Insofern handelt es sich gerade nicht um eine Inhalts-, sondern um eine Ausübungskontrolle.

(4) Ausübungskontrolle

Richtigerweise kann die Ausübung des Wiederkaufsrechts damit nur im Rahmen von § 242 BGB beschränkt sein. Insofern ist zunächst eine Verwirkung denkbar. Dieses Gegenrecht²⁷ setzt allerdings das Vorliegen eines Zeit- und eines Umstandsmoments voraus.²⁸ Dabei ist anerkannt, dass eine Verwirkung schon vor der Verjährung oder einer sonstigen Ausschlussfrist eintreten kann,²⁹ sodass es denkbar ist, dass ein Wiederkaufsrecht verwirkt, ehe die Frist des § 462 Satz 2 BGB abgelaufen

ist. Allerdings bedarf es in diesem Fall konkreter Anhaltspunkte und somit eines besonders starken Umstandsmoments.³⁰ Dieses ist dann gegeben, wenn der Gläubiger eindeutige Anhaltspunkte dafür gesetzt hat, dass er das ihm zustehende Recht nicht mehr auszuüben gedenkt. Hierdurch muss ein Vertrauenstatbestand aufseiten des Schuldners geschaffen worden sein, der es rechtfertigt, dem Gläubiger die Berufung auf seine Position zu verwehren.³¹ Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hängt jedoch immer von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab und muss infolgedessen stets konkret untersucht werden.

Zudem hat der BGH die Ausübung einer Dienstbarkeit an § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt gemessen, ob sie als dingliches Recht dazu eingesetzt wird, eine unzulässige Rechtsposition auszunutzen.³² Die dort angestellten Überlegungen lassen sich aber nur insoweit fruchtbar machen, als die Ausübung des (vormerkungsgestützten) Wiederkaufsrechts dann ausgeschlossen ist, wenn die hierdurch abgesicherte Obligation nicht rechtswirksam begründet werden kann. Dies ist aber für den hier entschiedenen Fall nicht relevant, weil es darum geht, innerhalb welcher Frist die Gemeinde die Ausübung des ihr zustehenden Rechts erklären muss, sodass nicht die Existenz des Wiederkaufsrechts, sondern nur sein potenzieller Untergang in Zweifel steht.

c) Folgerungen für die (notarielle) Praxis

Nimmt man den Senat ernst, so wäre bei einer nur auf 30 Jahre begrenzten Wiederkaufsfrist die gesamte Regelung eine unangemessene Vertragsgestaltung und damit wegen Verstoß gegen § 11 Abs. 2 BauGB gemäß § 134 BGB nichtig.³³ Dies würde bedeuten, dass das Wiederkaufsrecht insgesamt nicht bestehen würde. Dabei käme es nicht darauf an, ob die Gemeinde tatsächlich eine unangemessen lange Frist abwartet, da allein die Möglichkeit die Klausel rechtswidrig und damit nichtig werden lassen würde. Wäre dies zutreffend, könnte die Gemeinde insgesamt kein Wiederkaufsrecht geltend machen, sodass auch die Bauverpflichtungen praktisch undurchsetzbar würden. Die Konsequenz wäre ein erhebliches Haftungsrisiko für die Notare, weil derartige Klauseln in

24 BGH, Urteil vom 30.09.2005, V ZR 37/05, NJW-RR 2006, 298, 299.

25 BGH, Urteil vom 21.07.2006, V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452.

26 BGH, Urteil vom 21.07.2006, V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452, 1453.

27 Für eine Einwendung: NK-BGB/Krebs, 4. Aufl. 2021, § 242 Rdnr. 111; MünchKomm-BGB/Schubert, 8. Aufl. 2019, § 242 Rdnr. 389; für eine Einrede: Staudinger/Looschelders/Olzen, Neub. 2019, § 242 Rdnr. 316.

28 BGH, Urteil vom 27.06.1957, II ZR 15/56, BGHZ 25, 47, 52; BGH, Urteil vom 15.11.1957, I ZR 83/56, BGHZ 26, 52, 65; Urteil vom 30.06.1976, I ZR 63/75, BGHZ 67, 56, 68; Urteil vom 16.06.1982, IVb ZR 709/80, BGHZ 84, 280, 281.

29 BeckOGK-BGB/Kähler, Stand: 01.03.2022, § 242 Rdnr. 1680; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rdnr. 312; MünchKomm-BGB/Schubert, § 242 Rdnr. 379; BeckOK-BGB/Sut-schet, § 242 Rdnr. 146.

30 BGH, Urteil vom 22.11.2006, XII ZR 152/04, NJW 2007, 1273, 1275; Urteil vom 11.10.2012, VII ZR 10/11, NJW 2012, 3569, 3571; Urteil vom 23.01.2014, VII ZR 177/13, NJW 2014, 1230, 1231.

31 BGH, Urteil vom 27.06.1957, II ZR 15/56, BGHZ 25, 47, 52; vom 15.11.1957, I ZR 83/56, BGHZ 26, 52, 65; Urteil vom 30.06.1976, I ZR 63/75, BGHZ 67, 56, 68; Urteil vom 16.06.1982, IVb ZR 709/80, BGHZ 84, 280, 281.

32 BGH, Urteil vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NZM 2013, 324, 326 im Anschluss an Urteil vom 03.05.1985, V ZR 55/84, NJW 1985, 2474, 2475.

33 Nach a. A. soll § 59 Abs. 2 Satz 4 VwVfG Anwendung finden (so z. B. BeckOK-BauGB/Hoffmann, Stand: 01.01.2022, § 11 Rdnr. 54). Dies kann aber nicht überzeugen, da es sich hier um einen privatrechtlichen Vertrag handelt.

weitem Umfang Verwendung finden³⁴ und insoweit zahlreiche Wiederkaufsrecht betroffen wären.

Zwar hat der Senat einer derart harten Konsequenz dadurch vorgebeugt, dass er andeutet, die Rechtsprechung des BGH zur teilweisen Aufrechterhaltung derartiger Klauseln³⁵ zu übertragen,³⁶ allerdings erweist sich auch dies als mit zahlreichen Risiken behaftet. Unabhängig davon, dass die Entscheidung des BGH schon für sich genommen dogmatisch vor dem Hintergrund des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion nicht überzeugend ist,³⁷ dürfte es sich vorliegend auch nicht um einen vergleichbaren Sachverhalt handeln. Der BGH stützt seine Abweichung vom generellen Verbot der geltungserhaltenden Reduktion in Form der ergänzenden Vertragsauslegung nämlich darauf, dass der Vertrag andernfalls nach § 134 BGB nichtig wäre, weil bei Fehlen entsprechender öffentlichrechtlich geforderter Bindungen ein Verstoß gegen das gemeindliche Schenkungsverbot bestünde.³⁸ Eine derartige Situation ist aber jedenfalls dann nicht gegeben, wenn der Grundstückskaufvertrag zum Marktpreis geschlossen wurde.³⁹ In diesem Fall droht keine Nichtigkeit der Vereinbarung, weshalb einer etwaigen Rechtsfortbildung die Grundlage fehlt. Es bliebe vor diesem Hintergrund nur die Gesamtnichtigkeit des Wiederkaufsrechts.

Trotz aller methodischer und inhaltlicher Mängel wirft die Entscheidung jedoch auch ein Schlaglicht auf einen Gestaltungsbedarf, der in einer nicht unerheblichen Zahl von Urkunden unerkannt bleibt. Die gesetzliche Regelung zur Ausübungsfrist, wonach die Gemeinde eine 30-jährige Bedenkzeit hat, erweist sich zwar richtigerweise nicht als rechtswidrig, wohl aber als typischerweise nicht interessengerecht. Eine solch lange Frist ist für die Zwecke der Gemeinde nicht erforderlich, wohl aber für den Bürger sehr stark belastend. Daher ist es angezeigt, eine von § 462 Satz 2 BGB abweichende Regelung zu treffen und die Ausübungsfrist der Gemeinde auf einen kürzeren Zeitraum zu begrenzen. Insoweit sollte allerdings keine zu kurze Frist gewählt werden, da die Gemeinde eine gewisse Zeit zur Verfügung haben sollte, in der sie die Fertigstellung nach Ablauf der Errichtungsfrist noch abwarten kann, ohne zur Abwendung des Rechtsverlusts gezwungen zu sein, ihre Rechte auszuüben. Es empfiehlt sich vor diesem Hintergrund, eine Frist zwischen drei und sieben Jahren aufzunehmen, innerhalb derer die Wiederkaufs-

berechtigte über die Ausübung ihrer Befugnisse befinden kann. Die bloße Belassung bei der gesetzlichen Norm führt den Interessengegensatz dagegen regelmäßig nicht zu einem befriedigenden Ausgleich. Insoweit ist der Notar zu einer Gestaltung aufgefordert.

Eine entsprechende Formulierung könnte beispielsweise lauten:

Das Wiederkaufsrecht kann nur innerhalb einer Frist von [Anzahl] Jahren nach seiner Entstehung ausgeübt werden. Erfüllt der Erwerber die in diesem Vertrag übernommenen, das Wiederkaufsrecht auslösenden Gebote, bevor das Wiederkaufsrecht ausgeübt wird, erlischt dieses, selbst wenn der Erwerber die ihm hierfür eingeräumte Frist überschritten hat. Fordert der Erwerber den Veräußerer schriftlich zur Erklärung über das Wiederkaufsrecht auf, erlischt dieses innerhalb von sechs Monaten nach Zugang der Aufforderung, wenn es nicht innerhalb dieser Frist ausgeübt wird.

d) Ergebnis

Die Entscheidung des OLG München ist nicht überzeugend. Sie erweist sich weder im Ergebnis noch in der Begründung als zutreffend, sodass zu hoffen ist, dass sie möglichst zeitnah durch den BGH korrigiert wird. Insoweit wäre korrekterweise auch die Revision zuzulassen gewesen, da tatsächlich erhebliche Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung aufgeworfen sind, wozu vor allem zählt, ob die bloße Belassung der gesetzlichen Vorschriften eine unangemessene Vertragsgestaltung darstellen kann. Angesichts der Abweichung vom bestehenden Judikat des BGH wäre zudem eine Zulassung wegen Divergenz nötig gewesen. Beide Aspekte würden auch eine Nichtzulassungsbeschwerde tragen, soweit der erforderliche Streitwert von 20.000 € (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) überschritten ist. Unabhängig von der unrichtigen Beurteilung durch den Senat ist der notariellen Praxis aber in jedem Fall zu empfehlen, die Frage der Ausübungsfrist ausdrücklich zu regeln, weil die 30-jährige Frist des § 462 Satz 2 BGB in aller Regel nicht interessengerecht ist.

34 Siehe z. B. noch das Muster von Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 5. Aufl. 2018, Teil 6 Rdnr. 171.

35 BGH, Urteil vom 15.02.2019, V ZR 77/18, MittBayNot 2020, 79.

36 Rdnr. 27 der besprochenen Entscheidung.

37 Krit. auch BeckOGK-BGB/*Bonin*, Stand: 01.03.2022, § 306 Rdnr. 99; *Leidner*, MittBayNot 2020, 82, 84; BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 306 Rdnr. 5; *Wendehorst/Graf von Westphalen*, EuZW 2021, 229, 236.

38 BGH, Urteil vom 15.02.2019, V ZR 77/18, NJW 2019, 2602, 2604.

39 Auch BGH, Urteil vom 15.02.2019, V ZR 77/18, NJW 2019, 2602, 2604 betont explizit die Bedeutung der Veräußerung unter dem Marktwert.

STEUERRECHT

21. Keine Schenkungsteuer bei Verschaffung einer Gesamtläubigerstellung bezüglich eines Nießbrauchsrechts an Ehegatten

BFH, Urteil vom 08.06.2021, II R 23/19 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 14.02.2019, 3 K 2098/16 Erb)

BGB §§ 428, 430, 1030 Abs. 1
ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1

LEITSATZ:

Eine freigebige Zuwendung einer Gesamtläubigerstellung an einem Nießbrauchsrecht liegt dann nicht vor, wenn der Berechtigte über die Erträge im Innenverhältnis rechtlich und tatsächlich nicht frei verfügen kann.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Ehemann der Klägerin und Revisionsbeklagten (Klägerin) übertrug mit ihrer Zustimmung in seinem Eigentum stehenden Grundbesitz durch notariellen Übertragungsvertrag vom 10.04.2015 zu je ½ auf die beiden gemeinsamen Söhne. Nach § 6 des Übertragungsvertrages behielt sich der Ehemann zu seinen und der Klägerin Gunsten – als Gesamtläubiger gemäß § 428 BGB – den lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauch an dem übertragenen Grundbesitz vor. Die Nießbraucher hatten insbesondere auch die Zins- und Tilgungsleistungen aus den den eingetragenen Grundpfandrechten zugrunde liegenden Darlehensverbindlichkeiten zu tragen. Persönlicher Schuldner der Darlehensverbindlichkeiten blieb der Ehemann.

2 Die auf dem Grundstück befindliche Immobilie war vermietet. Um die Hausverwaltung kümmerte sich die Klägerin. Der Zahlungsverkehr für den Grundbesitz wurde über ein für diese Zwecke eingerichtetes, auf den Namen des Ehemanns lautendes Konto abgewickelt (Mietkonto), für das die Klägerin eine Bankvollmacht hatte. Dazu gehörte die Bedienung der auf dem Grundbesitz liegenden öffentlichen Lasten, der Darlehensverbindlichkeiten und Zahlung der Erhaltungsaufwendungen. Von dem Mietkonto erfolgten außerdem monatlich Zahlungen in Investmentfonds und für andere Zwecke (Arztrechnung) des Ehemanns und zudem Zahlungen für und an den gemeinsamen Sohn zur Finanzierung dessen Auslandsaufenthalts.

3 Der Beklagte und Revisionskläger (das FA) sah in der Einräumung des Nießbrauchsrechts eine Schenkung des Ehemanns an die Klägerin, setzte mit Bescheid vom 28.08.2015 Schenkungsteuer gegen die Klägerin fest und wies den Einspruch durch Einspruchsentscheidung vom 08.06.2016 als unbegründet zurück.

4 Die Klage hatte Erfolg. Das FG führte im Wesentlichen aus, die in der Entscheidung des BFH vom 22.08.2007, II R 33/06, BFHE 218, 403 = BStBl. II 2008, S. 28) enthaltenen Grundsätze zur Einräumung der Gesamtläubigerstellung an einem Rentenstammrecht seien auch bezüglich eines Nießbrauchsrechts anzuwenden. Im vorliegenden Fall stehe fest, dass die Klägerin im Verhältnis zu ihrem Ehemann nicht tatsächlich und rechtlich frei über die Erträge

auf dem Mietkonto habe verfügen können und somit nicht bereichert sei. Das Urteil ist in EFG 2019, 821 veröffentlicht.

5 Mit der Revision macht das FA die Verletzung von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG sowie eine Verletzung der Sachaufklärungspflicht geltend. Es beanstandet, das FG habe den Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt und im Rahmen seiner Würdigung zu Unrecht das Verhalten der Eheleute in Bezug auf ihr übriges Vermögen nicht berücksichtigt. Allein das Bestehen einer intakten Ehe setze die im Zweifel gemäß § 430 BGB anzunehmende Ausgleichspflicht des Ehemanns nicht außer Kraft. Außerdem sei die Feststellung, dass tatsächlich und rechtlich keine freie Verfügungen über Erträge aus dem Nießbrauchsrecht erfolgt seien, nicht ausreichend, da aufgrund des Stichtagsprinzips allein entscheidend sei, ob bereits am 10.04.2015 eine Vereinbarung zwischen Schenker und Klägerin dahin gehend bestanden habe, dass im Innenverhältnis keine Gesamtläubigerstellung eingeräumt werden solle. Ein Abweichen der Vereinbarungen im Innenverhältnis vom beurkundeten Außenverhältnis sei aber nur möglich, wenn am Stichtag die Voraussetzungen eines Scheingeschäfts, eines geheimen Vorbehalts oder eines Irrtums vorgelegen hätten. Dies sei unwahrscheinlich, zumal eine Absicherung der Klägerin für den Todesfall des Ehemanns auch durch eine aufschiebende Bedingung hätte erfolgen können.

6 Das FA beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

7 Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

8 Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

9 II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zutreffend entschieden, dass der Vorbehalt des lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauchs an dem übertragenen Grundbesitz durch den Ehemann zu seinen und der Klägerin Gunsten keine schenkungsteuerbare Zuwendung darstellt.

10 1. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Sie setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung objektiv unentgeltlich ist, und in subjektiver Hinsicht den Willen des Zuwendenden zur Freigebigkeit (vgl. BFH-Urteile vom 13.09.2017, II R 54/15, BFHE 260, 181 = BStBl. II 2018, S. 292 Rdnr. 12 und vom 03.07.2019, II R 6/16, BFHE 265, 421 = BStBl. II 2020, S. 61 Rdnr. 15, jew. m. w. N.). Objektive Unentgeltlichkeit erfordert, dass der Empfänger über das Zugewendete tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann. Maßgebend ist ausschließlich die Zivilrechtsslage (BFH, Urteil vom 16.09.2020, II R 33/19, BFH/NV 2021, 317 Rdnr. 16).

11 2. Eine Sache kann gemäß § 1030 Abs. 1 BGB in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die

Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen (Nießbrauch). Gegenstand einer freigebigen Zuwendung kann auch ein solches Nießbrauchsrecht sein.

12 a) Werden bei einer Schenkung mehreren Berechtigten Nießbrauchsrechte in der Weise eingeräumt, dass der Nießbrauch des einen erst mit dem Ableben des anderen entstehen soll (sog. Sukzessivnießbrauch), ist der für die Zeit nach dem Ableben des zunächst Berechtigten vereinbarte Nießbrauch bei der Schenkungsteuerveranlagung zunächst nicht zu berücksichtigen, weil er zur Zeit der Zuwendung nicht bestand, es ungewiss war, ob und ggf. wann er je in Kraft treten würde, und derartige Lasten nach § 6 BewG nicht in Ansatz zu bringen sind (BFH, Beschluss vom 28.02.2019, II B 48/18, BFH/NV 2019, 678 Rdnr. 11; Urteil vom 06.05.2020, II R 11/19, BFHE 269, 424 = BStBl. II 2020, S. 746 Rdnr. 16, m. w. N.).

13 b) Wird bei Übereignung einer Sache ein Nießbrauch in der Weise vorbehalten, dass der Nießbrauch dem Übertragenden und einem Dritten gemeinsam zustehen soll, kann hierin die Zuwendung eines Nießbrauchsrechts an den Dritten liegen. Ist der Nießbrauch in einem solchen Fall so ausgestaltet, dass den Berechtigten eine Gesamtgläubigerstellung i. S. d. § 428 BGB zukommt, beschränkt sich der Gegenstand der Zuwendung an den Dritten auf die Verschaffung dieser Gesamtgläubigerstellung (vgl. zum Rentenstammrecht: BFH-Urteil, BFHE 218, 403 = BStBl. II 2008, S. 28 unter II. 1. a) aa).

14 aa) Sind mehrere eine Leistung in der Weise zu fordern berechtigt, dass jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist (Gesamtgläubiger), kann der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten (§ 428 BGB). Im Verhältnis zueinander sind die Gesamtgläubiger zu gleichen Anteilen berechtigt, soweit nicht ein anderes bestimmt ist (§ 430 BGB). Das gilt auch, wenn einer der Gesamtgläubiger nach außen den Nießbrauch im vollen Umfang allein ausübt.

15 bb) Eine Bereicherung i. S. v. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG setzt auch bei der Verschaffung einer Gesamtgläubigerstellung i. S. d. § 428 BGB voraus, dass der Bedachte über den Gegenstand der Zuwendung – die Gesamtgläubigerstellung – tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann (BFH, Urteil vom 23.11.2011, II R 33/10, BFHE 237, 179 = BStBl. II 2012, S. 473 Rdnr. 21 ff.).

16 3. Eine freie Verfügungsbefugnis über das Nießbrauchsrecht ist nicht gegeben, soweit aufgrund von Vereinbarungen der Gesamtgläubiger im Innenverhältnis der Bedachte nicht oder zu einem geringeren Anteil berechtigt ist als dies § 430 BGB entspräche.

17 a) Fehlen schriftliche oder mündliche Vereinbarungen über etwaige von § 430 BGB abweichende Regelungen im Innenverhältnis, kann dem Verhalten der Gesamtgläubiger, insbesondere im Hinblick auf Verwaltung der und Verfügung über die Erträge, Indizwirkung darüber zukommen, ob gleichwohl solche Regelungen bestehen. Insoweit wird auf die zu sog. Oderkonten entwickelten und entsprechend anzuwendenden Grundsätze verwiesen (BFH-Urteile, BFHE

218, 403 = BStBl. II 2008, S. 28 unter II. 2. a); BFHE 237, 179 = BStBl. II 2012, S. 473 Rdnr. 23 f. und vom 29.06.2016, II R 41/14, BFHE 254, 64 = BStBl. II 2016, S. 865 Rdnr. 21).

18 b) Dem FG als Tatsacheninstanz obliegt die Feststellung, ob trotz Gesamtgläubigerstellung im Außenverhältnis im Innenverhältnis etwas anderes bestimmt war. Letztlich ist die Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls maßgebend (BFH-Urteile, BFHE 237, 179 = BStBl. II 2012, S. 473 Rdnr. 24 und BFHE 254, 64 = BStBl. II 2016, 865 Rdnr. 21). Der BFH kann solche Tatsachenwürdigungen nur daraufhin überprüfen, ob sie verfahrensfehlerfrei zustande gekommen sind und mit den Denkgesetzen und den allgemeinen Erfahrungssätzen im Einklang stehen. Die Würdigung muss nicht zwingend, sondern nur möglich sein (st. Rspr., vgl. z. B. BFH-Urteile, BFHE 254, 64 = BStBl. II 2016, 865 Rdnr. 28 und vom 12.02.2020, XI R 24/18, BFHE 268, 351 Rdnr. 47, jew. m. w. N.).

19 4. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Revision unbegründet.

20 Das FG ist zunächst rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass im Streitfall kein Sukzessivnießbrauch vorlag, sondern der Ehemann der Klägerin bereits zu deren Lebzeiten ein unbedingtes Nießbrauchsrecht im Außenverhältnis zugewandt hat.

21 Das FG hat sodann die Rechtsprechungsgrundsätze zur Verteilung der Feststellungslast zutreffend angewendet. Angesichts der tatsächlichen Handhabung des Mietkontos, die für sich genommen nicht im Streit steht, kam es zu der begründeten Überzeugung, dass die Klägerin im Verhältnis zu ihrem Ehemann nicht tatsächlich und rechtlich frei über die Erträge auf dem auf den Namen des Ehemanns lautenden Mietkonto habe verfügen können und folglich die Voraussetzungen einer nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG schenkungsteuerbaren Zuwendung des Nießbrauchsrechts mangels Bereicherung nicht vorliegen. Diese Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ist im Revisionsverfahren bindend (§ 118 Abs. 2 FGO). Das FA hat gegen die tatsächliche Würdigung keine durchgreifenden Einwände erhoben.

22 Es ist nicht zu beanstanden, dass das FG das Verhalten der Eheleute in Bezug auf ihr übriges Vermögen für unerheblich gehalten hat. Insbesondere ergibt sich aus dem Umstand, dass die Klägerin möglicherweise eigene Einkunftsquellen der Familie zur Verfügung gestellt hat, nicht zwingend, dass ihr im Gegenzug der Zugriff auf die Nießbrauchserträge eröffnet war.

23 Zutreffend hat das FG auch nicht nur auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Zuwendung abgestellt. Für die Feststellung, ob die Klägerin im Innenverhältnis zu ihrem Ehemann frei über die Erträge aus dem Nießbrauchsrecht hat verfügen können, darf indiziell nicht nur auf die Handhabung des Kontos seit der Einräumung des Nießbrauchs, sondern auch auf die Handhabung in der Zeit davor und auf sich daraus etwa ergebende Unterschiede abgestellt werden (vgl. BFH-Urteil, BFHE 218, 403 = BStBl. II 2008, S. 28 unter II. 2. a)).

24 5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

25 6. Der Senat entscheidet im Einverständnis der Beteiligten nach § 121 Satz 1 FGO i. V. m. § 90 Abs. 2 FGO ohne mündliche Verhandlung.

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. **Martin Wachter**, Günzburg

Die Überlassung von Vermögensgegenständen unter Nießbrauchsvorbehalt hat seit mehreren Jahren aufgrund der dadurch zu erzielenden steuerlichen Vorteile¹ deutlich zugenommen. Dies zeigt sich auch in der Zunahme von finanzgerichtlichen Entscheidungen in den letzten Jahren hierzu. In deren Reihe fügt sich auch das Urteil des BFH vom 08.06.2021, II R 23/19, ein, das hinsichtlich seiner großzügigen Sichtweise zwar auch von Notaren zu begrüßen ist, jedoch deutlich macht, welche versteckten Klippen in einer nicht steuerlich angepassten Vertragsgestaltung liegen können.

1. Sachverhalt

Der BFH hatte über einen Sachverhalt zu entscheiden, der nahezu standardmäßig und häufig bei notariellen Überlassungsurkunden vorkommt. Der Vater als Eigentümer eines größeren Mietobjekts hat dieses zu Miteigentum je zur Hälfte auf seine beiden Söhne übertragen. Zugleich behielt er sich und seiner Ehefrau als Gesamtgläubiger gemäß § 428 BGB den lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauch an dem übertragenen Grundbesitz vor. Dabei war u. a. vereinbart, dass nicht die Erwerber, sondern die Nießbraucher auch die Zins- und Tilgungsleistungen aus den den eingetragenen Grundpfandrechten zugrunde liegenden Darlehensverbindlichkeiten zu tragen haben. Persönlicher Schuldner der Darlehensverbindlichkeiten blieb der übergebende Ehemann weiterhin allein.

1 Einkommensteuerlich werden die Einkünfte dem Nießbraucher zugeordnet, was bei der Generationenfolge für die übergebende Generation den Progressionsvorteil hinsichtlich der darauf entfallenden niedrigeren Steuersätze bei den Übergebern bringen kann. Vor allem aber hat der Nießbrauch den schenkungsteuerlichen Vorteil, dass dessen Kapitalwert, der sich nach §§ 13-16 BewG bestimmt, den Wert der steuerpflichtigen Zuwendung (Schenkungssteuerbemessungsgrundlage) vermindert (so Lit. unter Bezugnahme auf § 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG; BFH, Urteil vom 28.05.2019, II R 4/16, ZEV 2020, 55 Rdnr. 16 f.; Urteil vom 06.05.2020, II R 11/19, MittBayNot 2021, 87 mit Anm. Loose = DStR 2020, 1961 = ZEV 2020, 722; nach *Schur/Schur*, ZEV 2020, 317, 318 abziehen aufgrund § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG) und damit ein geringerer Freibetrag mit der Zuwendung verbraucht wird. Zur Berechnung des Nießbrauchswerts i. E. *Volland*, ZEV 2019, 254,255; *Goetze*, RNotZ 2013, 147, 157; *Schur/Schur*, ZEV 2020, 317, 319 ff. Nachteilig ist jedoch, dass der Nießbrauchsrückbehalt verhindert, dass die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB in Lauf gesetzt wird. Jedoch verringert zumindest sein Wert den pflichtteilsrelevanten Zuwendungswert, wenn dieser nach dem Niederstwertprinzip des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB auf den Zuwendungszeitpunkt berechnet wird.

2. Ansicht des FA

Für das FA war der Vorgang insoweit klar, dass mit der Einräumung des Nießbrauchsrechts zugunsten der Ehefrau des Veräußerers und Mutter der Erwerber eine steuerpflichtige unentgeltliche Schenkung in Form eines Zuwendungsnießbrauchs erfolgt ist. Unter Berücksichtigung des Freibetrags gemäß § 16 ErbStG setzte es eine Schenkungsteuer i. H. v. 500.000 € fest.² Damit teilt das FA die allgemeine Ansicht, dass es sich bei dem zugunsten eines Dritten (hier der Ehefrau) im Rahmen der Grundstücküberlassung eingeräumten Zuwendungsnießbrauch um eine schenkungsteuerpflichtige Zuwendung des Ehemannes (allgemein hier als: „Zuwendner“ bezeichnet) an die Ehefrau (allgemein hier als: „empfangender Ehegatte“ bezeichnet) handelt.

3. Einwände der Steuerpflichtigen

Dagegen wandte sich die Ehefrau als Zuwendungsempfänger des Nießbrauchsrechts mit den Argumenten, dass der ihr eingeräumte anteilige Nießbrauch gemäß dem Urteil des BFH vom 22.08.2007, II R 33/06,³ keine Schenkung darstelle, denn nach diesem Urteil sei nur dann von einer freigebigen Zuwendung auszugehen, wenn der Zuwendungsempfänger über das Empfangene im Innenverhältnis auch rechtlich sowie tatsächlich frei verfügen könne. Dies treffe auf ihren Fall jedoch nicht zu, da die Mieten aus dem Grundbesitz vollständig weiterhin auf dem allein auf den Namen des Ehemannes lautenden Bankkonto vereinnahmt würden, über das die Ehefrau lediglich eine Kontovollmacht habe. Von diesem Konto aus wurden alle mit dem Grundbesitz zusammenhängenden Ausgaben einschließlich der Zins- und Tilgungsleistungen auf die allein auf den Ehemann laufende Darlehen bezahlt. Die Darlehen hatte gemäß den Vereinbarungen in der Überlassungsurkunde der Übergeber (Vater) weiterhin zu verzinsen und zu tilgen; die zu deren Absicherung eingetragenen Grundschulden wurden von den Erwerbern nur zur dinglichen Haftung übernommen. Auch die Ehefrau hatte keinen Schuldbeitritt erklärt. Die verbleibenden Erträge wurden vom Ehemann auf seinen Namen in Investmentfonds angelegt.

Das FA wollte diese Argumentation nicht gelten lassen. Die mit der Einräumung der Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB beabsichtigte Absicherung der Ehefrau für den Todesfall des Ehemannes hätte auch durch einen unter aufschiebender Bedingung stehenden Nießbrauch (Sukzessivnießbrauch) erfolgen können.

2 *Volland*, ZEV 2019, 254,256: Der unentgeltlich eingeräumte Zuwendungsnießbrauch unterliegt als Schenkung unter Lebenden der Schenkungsteuer gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

3 BStBl. II 2008, S. 28 = ZEV 2007, 599 = MittBayNot 2008, 158.

4. Entscheidung des FG Münster sowie des BFH

Sowohl das FG Münster⁴ als auch der BFH wiesen die Ansicht des FA zurück. Eine nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerpflichtige Schenkung setze in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwenders führt, die Zuwendung objektiv unentgeltlich ist und dass in subjektiver Hinsicht der Wille des Zuwendenden zur Freigebigkeit vorliegt. Objektive Unentgeltlichkeit erfordere, dass der Empfänger über das Zugewandte tatsächlich und rechtlich frei verfügen könne. Entscheidend hinsichtlich der schenkungsteuerlichen Beurteilung sei ausschließlich die Zivilrechtslage.⁵ Werde mit der Übertragung einer Sache ein Nießbrauch an dieser in der Weise vorbehalten, dass der Nießbrauch dem Übertragenden und einem Dritten gemeinsam als Gesamtgläubiger im Sinne des § 428 BGB zustehen soll, sei Gegenstand der Zuwendung an den Dritten die Verschaffung dieser Gesamtgläubigerstellung. Im Verhältnis zueinander seien die Gesamtgläubiger grundsätzlich zu gleichen Anteilen berechtigt, soweit nicht ein anderes bestimmt ist (§ 430 BGB). Fehle es an einer schriftlichen oder mündlichen Vereinbarung über etwaige von § 430 BGB abweichende Regelungen im Innenverhältnis, könne dem Verhalten der Gesamtgläubiger jedoch eine Indizwirkung hinsichtlich einer solchen abweichenden Regelung zukommen. Da die Ehefrau im Verhältnis zu ihrem Ehemann nicht tatsächlich und rechtlich frei über die Erträge auf dem auf den Namen des Ehemannes lautenden Mietkonto habe verfügen können, lägen die Voraussetzungen für eine schenkungsteuerbare Zuwendung in Form des Nießbrauchs mangels Bereicherung nicht vor.

5. Wertung der Entscheidung

Die Entscheidung verdeutlicht, wie sorgfältig bei urkundlichen Gestaltungen mit Einräumung bzw. Vorbehalt von Nießbrauchsrechten vorzugehen ist.

Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass das Schenkungssteuerrecht an die Zivilrechtslage anknüpft. Die Gesamtberechtigung nach § 428 BGB⁶ bei einem Nießbrauchsrecht betrifft lediglich das Außenverhältnis. Den Grundstückseigentümer treffen dabei lediglich Duldungs-

pflichten, indem er hinnehmen muss, dass jeder der Nießbrauchsberechtigten allein oder auch die mehreren zusammen das Nießbrauchsrecht an seinem Grundbesitz ausüben dürfen.⁷ Ihn trifft jedoch keine Leistungspflicht in der Form, die Ausübung des Nießbrauchs entweder dem einen oder dem anderen oder nur beiden zusammen zu gewähren.⁸ Soll ein Nießbrauchsrecht jedoch zunächst nur einem Berechtigten und sodann einem anderen Berechtigten zustehen, kann dies als einheitliches Nießbrauchsrecht nicht eingetragen werden. Vielmehr sind dazu mehrere Einzelrechte zu bestellen.⁹

Das Verhältnis mehrerer Nießbraucher untereinander bestimmt sich im Innenverhältnis jedoch analog §§ 745 ff. BGB.¹⁰ Zieht deshalb nur einer der Nießbraucher allein die Nutzungen aus dem Nießbrauch, führt dies nur zu einer internen Ausgleichspflicht unter den Nießbrauchern (§ 430 BGB). Jedoch steht es den Berechtigten frei, das Innenverhältnis abweichend davon zu regeln. Daher ist es durchaus möglich, dass die Ausgleichspflicht gemäß § 430 BGB abbedungen und zwischen den mehreren Berechtigten vereinbart wird, dass zunächst nur einer oder einzelne der Nießbraucher die Berechtigung aus dem Nießbrauch ausüben. Davon geht sowohl das FG Münster als auch der BFH aus, wobei beiden Gerichten dafür auch nur eine konkludente Vereinbarung genügt, die sich aus den tatsächlich durchgeführten Verhältnissen ergibt.¹¹

6. Neue Gestaltungsmöglichkeit?

In derartigen Fällen, bei denen zunächst nur der Zuwendende die Nießbrauchsrechte allein ausüben darf und erst zu einem späteren Zeitpunkt, meist auf den Tod des Zuwenders, dessen Ehegatten die Ausübungsbefugnis aufschiebend bedingt erhalten soll, wird allgemein zugunsten des Ehegatten eine sukzessive Berechtigung empfohlen. Zunächst wird ein Vorbehaltsnießbrauch zugunsten des Veräußerers und, aufschiebend bedingt auf das Erlöschen dieses Nießbrauchs, ein Zuwendungs-

4 FG Münster, Urteil vom 14.02.2019, 3 K 2098/16 Erb, EFG 2019, 821m. Anm. Ingo Lutter = ErbStB 2019, 130; hierzu auch Anmerkung von Geck/Messner, ZEV 2019, 463.

5 Unter Hinweis auf BFH, Urteil vom 16.09.2020, IIR 33/19, BFH/NV 2021, 317 Rdnr. 16.

6 Die Eintragung mehrerer Nießbraucher als Mitberechtigte gemäß § 432 BGB in das Grundbuch wird von der Rechtsprechung abgelehnt; hierzu OLG München, Beschluss vom 25.06.2009, 34 Wx 40/09, DNotZ 2010, 120 m. Anm. Kesseler, J. Frank, MittBayNot 2012, 386, 389: Der Vorteil einer Gesamtberechtigung nach § 428 BGB liegt beim Tod eines Nießbrauchers darin, dass der Nießbrauch für den Überlebenden zur Alleinberechtigung fortbesteht: Er kann ja auch „die ganze Leistung“ fordern, sodass sich die Bestellung weiterer aufschiebend bedingter Nießbrauchsrechte mit den damit verbundenen Kosten erübrigt.

7 BGH, Urteil vom 06.03.2020, V ZR 329/18, ZEV 2020, 702 m. Anm. N. Mayer = MittBayNot 2021, 356 m. Anm. Forscher; Beschluss vom 21.12.1966, V ZB 24/66, NJW 1967, 627. Detailliert hierzu: BayObLG, Beschluss vom 21.05.1975, BReg. 2 Z 29/75, BayObLGZ 1975, 191.

8 Hierzu J. Frank, MittBayNot 2012, 386, 389. Nach OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.11.2011, 20 W 439/10, MittBayNot 2012, 386, ist es rechtlich jedoch auch zulässig, die Ausübungsberechtigung im Innenverhältnis zu regeln.

9 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.07.2014, 20 W 182/14, BeckRS 2015, 8828.

10 BGH, Urteil vom 06.03.2020, V ZR 329/18, ZEV 2020, 702 m. Anm. N. Mayer = MittBayNot 2021, 356 m. Anm. Forscher; Urteil vom 29.09.1993, XII ZR 43/92, NJW 1993, 3326: Für die Verwaltung und Benutzung des Anwesens fänden im Verhältnis zueinander die §§ 744, 745 BGB analoge Anwendung bzgl. Nießbrauch in Gesamtberechtigung entsprechend § 428 BGB. Urteil vom 08.05.1996, XII ZR 254/94, DNotZ 1997, 401, 403, bzgl. dingliches Wohnrecht als Gesamtberechtigte i. S. v. § 428 BGB.

11 So auch BFH, Urteil vom 23.11.2011, II R 33/10, ZEV 2012, 280, bzgl. Zahlungen auf ein gemeinsames Oder-Konto von Ehegatten.



nießbrauch zugunsten des Ehegatten bestellt. Dies hat jedoch sowohl beim Notar als auch beim Grundbuchamt kostenrechtliche Nachteile. Wird ein Nießbrauchsrecht zugunsten Gesamtberechtigter gemäß § 428 BGB bestellt und eingetragen, handelt es sich nur um eine Rechtsbestellung und Eintragung, dessen Wert sich gemäß § 52 Abs. 4 Satz 2 GNotKG nach der Lebenserwartung des Jüngsten der Berechtigten errechnet.¹² Wird jedoch der Vorbehaltsnießbrauch zugunsten des Veräußerers und der aufschiebend bedingte Zuwendungsnießbrauch zugunsten des Ehegatten bestellt und eingetragen, handelt es sich um zwei getrennte Rechte, für die der Wert jeweils einzeln zu ermitteln ist.¹³

Aufgrund der finanzgerichtlichen Rechtsprechung erscheint jedoch eine andere Gestaltung im Rahmen einer Nießbrauchseinräumung zugunsten mehrerer als Gesamtberechtigter gemäß § 428 BGB möglich zu sein. Ausgehend davon, dass es zivilrechtlich zulässig ist, gemäß § 430 BGB das Innenverhältnis mehrere Berechtigte untereinander frei zu regeln und aufgrund des erbschaftsteuerlichen Grundsatzes, dass Grundlage für die Schenkungsbesteuerung ausschließlich die Zivilrechtslage ist, wäre folgende neue Gestaltung denkbar:

12 Notarkasse München, Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Rdnr. 3560. Zur Kapitalwertberechnung des Nießbrauchsrechts: *Ivens*, ZEV 2012, 71, 73 f.; *Volland*, ZEV 2019, 254, 255; *Goetze*, RNotZ 2013, 147, 157; *Schur/Schur*, ZEV 2020, 317, 319 ff. Kostenrechtlich ist Grundlage der Jahresmietertrag abzüglich der vom Nießbraucher zu tragenden Kosten (gewöhnliche Unterhaltungskosten), multipliziert mit dem Vervielfältiger gemäß § 52 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GNotKG (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, 4. Aufl. 2021, § 52 Rdnr. 13, 24).

13 Notarkasse München, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 3023: Soweit im Zeitpunkt der Beurkundung ungewiss ist, ob überhaupt und ggf. ab welchem Zeitpunkt der Anspruch entsteht, ist im Rahmen der Wertbestimmung neben § 50 Abs. 4 auch § 52 Abs. 5 GNotKG zu beachten und daher von dem nach § 52 Abs. 4 GNotKG bestimmten Wert ein angemessener Abschlag in Höhe von ca. 50 % vorzunehmen; dies gilt auch bzgl. der Wertberechnung für den Grundbucheintrag; OLG Köln, Beschluss vom 09.05.2016, 2 Wx 74/16; 2 Wx 77/16, FGPrax 2016, 188. Nach Rdnr. 3558 f. ist jedoch bei dem getrennt gemäß § 52 Abs. 6 GNotKG zu bewertenden aufschiebend bedingten Recht auch zu berücksichtigen, dass in der Summe der nach § 86 Abs. 2, § 35 Abs. 1 GNotKG zusammengerechnete Betrag der Einzelrechte nicht höher angenommen werden darf, als wenn für die Berechtigten ein (nach dem Lebensalter des Längstlebenden zu kapitalisierendes) Gesamtrecht vereinbart worden wäre; so auch *Korintenberg/Schwarz*, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 52 Rdnr. 75; *Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn*, GNotKG, § 52 Rdnr. 25. Beim Grundbuchamt gilt gleiches jedoch nicht (*Korintenberg/Schwarz*, GNotKG, § 52 Rdnr. 80). Jedoch wird der Wert der Überlassung i. d. R. höher sein als der Wert der vorbehaltenen Rechte, sodass beim Notar diese Kosten kaum relevant werden, wohl aber bzgl. der Grundbucheintragung. Ob die Zuwendung des Nießbrauchs seitens des Veräußerers an den Ehegatten zusätzlich Kosten beim Notar auslöst, ist bisher nicht thematisiert.

a) Zivilrechtliche Gestaltung

Im Rahmen der Überlassung des Grundbesitzes wird zugunsten des zuwendenden Eigentümers und dessen Ehegatten als Gesamtberechtigter gemäß § 428 BGB ein Nießbrauchsrecht bestellt.¹⁴ Die Ehegatten vereinbaren jedoch im Innenverhältnis untereinander, dass die Erträge aus dem Nießbrauch auf die Lebensdauer des zuwendenden Eigentümers diesem allein zustehen und dieser auch alle Verpflichtungen im Rahmen des Nießbrauchs unter Freistellung des Ehegatten auf die Dauer seiner Alleinberechtigung aus den Erträgen des Nießbrauchs zu tragen und zu erfüllen hat. Erst mit dem Ableben des zuwendenden Ehegatten stehen sodann sämtliche Rechte aus dem Nießbrauch dem längerlebenden Ehegatten zu.¹⁵

Wichtig dabei ist, dass die Mieterträge ausschließlich auf ein nur allein dem übergebenden Ehegatten zustehendes Konto bezahlt werden, möglichst nicht auf ein sog. Oderkonto,¹⁶ und dieses Konto erst aufschiebend bedingt auf das Ableben des zuwendenden Ehegatten dem anderen Ehegatten zugewandt wird. Sobald der den Nießbrauch erhaltende Ehegatten auch über dieses Konto frei zu eigenen Gunsten verfügen kann, wäre die Zuwendung des Nießbrauchs an ihn vollzogen.¹⁷

Außerdem sollten alle Zahlungsverpflichtungen, die sich nicht nur aus der gesetzlichen Lastenverteilung des Nießbrauchsrechts für den Nießbraucher ergeben, sondern auch die darüber hinaus ggf. übernommenen außerordentlichen Lasten und außergewöhnlichen Aufwendungen, sowie auch zu tragende Zins- und Tilgungsaufwendungen für noch vom Nießbraucher weiterhin zu zahlenden Verbindlichkeiten als vom zuwendenden Ehe-

14 Rechtstechnisch macht es keinen Unterschied, ob der Veräußerer sich das Recht als Eigentümersnießbrauch bestellt (= vorbehält) oder ob die Rechtseinräumung durch den Erwerber erfolgt, so *Spiegelberger/Fleischer*, Vermögensnachfolge, 3. Aufl. 2020, § 4 Rdnr. 59).

15 Eine derartige Regelung im Innenverhältnis erscheint mir zulässig, denn wenn im Rahmen des § 426 BGB bei Gesamtschuldnern vereinbart werden kann, dass nur einer im Außenverhältnis die Schuld zu begleichen hat, dann dürfte im Rahmen einer Vereinbarung nach § 428 BGB auch geregelt werden können, dass zunächst nur ein Gesamtberechtigter die Rechtsbefugnisse ausübt und der andere Gesamtberechtigte erst zeitlich dazu versetzt.

16 Hierzu BFH, Urteil vom 23.11.2011, II R 33/10, BStBl. II 2012, S. 463 = ZEV 2012, 280 = NJW 2012, 1837 = DStR 2012, 796.

17 *Geck/Messner*, ZEV 2019, 463.

gatten zu tragen festgelegt werden.¹⁸ Dann kann er diese auch steuerlich als Werbungskosten geltend machen.¹⁹

aa) Zivilrechtliche Zulässigkeit, Beurkundungsnotwendigkeit

Mit einer solchen Vereinbarung wird die Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB grundsätzlich aufrechterhalten, da die konstitutiven Wesensmerkmale der Gesamtgläubigerschaft bestehen bleiben, nämlich, dass jeder Gläubiger zur Forderung der ganzen Leistung vom Schuldner berechtigt und der Schuldner nur einmal zur Erbringung der Leistung gegenüber allen Gläubigern verpflichtet ist,²⁰ indem er als belasteter Eigentümer weiterhin die Nutzung durch einen der Gesamtberechtigten dulden muss. Da somit im Außenverhältnis die Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB bestehen bleibt, kann der Nießbrauch auch in diesem Berechtigungsverhältnis im Grundbuch eingetragen werden.

Diese interne Vereinbarung zwischen den Nießbrauchsberechtigten sollte zu Nachweiszwecken gegenüber dem FA über eine klare Zuweisungsregelung nach § 430 BGB in die Urkunde über die Überlassung des Grundbesitzes mit aufgenommen werden, auch wenn Vereinbarungen zwischen den Nießbrauchern als Ausgestaltung ihres Innenverhältnisses nicht nach § 311b BGB beurkundungspflichtig sind. Sie betrifft dabei zwar nicht das zum erwerbenden Eigentümer bestehende gesetzliche Begleiterschuldverhältnis, dessen Ausgestaltung dem Beurkundungsumfang der Überlassung unterworfen wäre. Jedoch bedarf es bereits im Rahmen der Bestellung des Nießbrauchs einer Vereinbarung zwischen den Ehegatten, denn ansonsten läge eine nachträgliche Vereinbarung vor, die steuerlich keine Rückwirkung haben kann. Hierfür entstehen für diese Vereinbarung gesonderte Beurkundungskosten, deren Wert sich am Wert des Nießbrauchsrechts orientiert. Da es sich jedoch nur um die zeitlich auf unbestimmte Lebensdauer festgelegte Alleinberechtigung handelt, dem anderen Ehegatten also seine Mitberechtigung auf diese Dauer entzogen wird, ist damit nur der hälftige Wert des Nießbrauchsrechts anzusetzen, multipliziert gemäß § 52 Abs. 4 GNotKG.

bb) Regelung von Scheidungsfolgen

Meist nicht geregelt werden die Rechtsfolgen einer Scheidung in Bezug auf die Befugnisse aus dem zugewendeten Nießbrauchsrecht, da grundsätzlich alle Berechtigten nur gemeinschaftlich über das ihnen in Gesamtberechtigung zustehende Nießbrauchsrecht verfügungsbefugt sind.²¹ Leicht regelbar ist dies, wenn keine Gesamtberechtigung besteht, sondern eine aufschiebend bedingte Rechtseinräumung zugunsten des Ehegatten in Form einer gesonderten Grundbucheintragung.²² Diese kann dann zusätzlich auflösend bedingt durch die Stellung des Scheidungsantrags bzw. – um den Grundbuchtechnischen Nachweis in der Form des § 29 GBO leichter führen zu können – durch die rechtskräftige Scheidung festgelegt werden.²³ Bei Gesamtberechtigung müsste diese ebenfalls unter gleichen Voraussetzungen auflösend bedingt festgelegt sein. Jedoch müsste zugleich bestimmt sein, dass dann dem ursprünglichen Alleineigentümer das Nießbrauchsrecht allein zusteht. Dies tritt zwar bei Tod des einen Gesamtberechtigten automatisch ein, da dann dessen Berechtigung erlischt, nicht jedoch die Ausübungsbefugnis des verbleibenden Berechtigten, da bei Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB jeder Berechtigte die Befugnis allein ausüben kann.²⁴ Im Innenverhältnis kann auch vereinbart werden, dass der Ehegatte seine Befugnisse nicht mehr ausüben darf. Jedoch bliebe seine Gesamtberechtigung im Außenverhältnis bestehen. Hierzu hat der BGH²⁵ jüngst entschieden, dass bei einem für mehrere Personen als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB bestellten Nießbrauch an einem Grundstück die Aufhebung der Gesamtberechtigung nicht entsprechend § 749 Abs. 1 BGB verlangt werden kann. Die §§ 749 ff. BGB über die Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft finden auf die Gesamtberechtigung nach § 428 BGB an einem Nießbrauch keine entsprechende Anwendung. Damit bleibt nur die Vereinbarung einer schuldrechtlichen Verpflichtung, die Rechtsbefugnisse aus der Gesamtberechtigung löschen zu lassen, wenn die Ehe der Berechtigten rechtskräftig geschieden worden ist oder wenn die Scheidung rechtshängig wurde. Denn jeder Gesamtberechtigte kann gemäß § 429 Abs. 3 BGB auf seine Anteil verzichten, der ihm im Innenverhältnis zukommt, ohne dass dadurch die Rechte der anderen Mitberechtigten verändert werden.²⁶

18 Zu beachten ist hierzu FG Hamburg, Zwischenurteil vom 05.03.2009, 3 K 211/08 (rechtskräftig), DStRE 2010, 20, wonach der mit einem Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt Beschenkte die durch Grundschuld gesicherten Verbindlichkeiten trotz Schuldbeitritts oder Schuldübernahme nicht schenkungsteuerlich abziehen kann, solange Zinsen und Tilgung aus dem Nießbrauch des Schenkers gezahlt werden. Nach LG Bonn, Urteil vom 19.12.1983, 4 T 303/84, MittRhNotK 1985, 79, beinhaltet dies, wenn der Nießbraucher über die gesetzlichen Verpflichtungen hinaus sich auch zur Übernahme von Tilgungsleistungen verpflichtet, nicht mehr nur die bloße Ausgestaltung des Nießbrauchsrechts, sondern enthält eine selbstständige neue Vereinbarung, die auch kostenmäßig eigenständige Bedeutung hat.

19 Hierzu unter Ziffer 6. b) bb).

20 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.11.2011, 20 W 439/10, MittBayNot 2012, 386 mit Anm. J. Frank.

21 J. Frank, MittBayNot 2012, 386.

22 Eine solche ist nach BayObLG, Urteil vom 06.04.1995, 2 Z BR 17/95, BayObLGZ 1995, 149 erforderlich. Siehe auch OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.07.2014, 20 W 182/14, BeckRS 2015, 8828.

23 Bauer/Schaub/Wegmann, GBO, 4. Aufl. 2018, § 47 Rdnr. 160. N. Mayer, ZEV 2020, 702, 705.

24 J. Frank, a. a. O.; BGH, Urteil vom 06.03.2020, V ZR 329/18, ZEV 2020, 702.

25 BGH, Urteil vom 06.03.2020, V ZR 329/18, ZEV 2020, 702 m. Anm. N. Mayer.

26 BGH, Urteil vom 04.03.1986, VI ZR 234/84, NJW 1986, 1861.



b) Steuerrechtliche Folgen

aa) Schenkungsteuer

Da eine klar ausformulierte Vereinbarung zwischen den gesamtberechtigten Nießbrauchern besteht, erfolgt nach der hier besprochenen Entscheidung des BFH mit der Einräumung des Nießbrauchs an den Ehegatten, der nicht auch zugleich Veräußerer des Grundbesitzes ist, keine schenkungsteuerpflichtige Zuwendung des Nießbrauchs zugunsten dieses Ehegatten im Zeitpunkt der Rechtsbegründung, soweit er nicht ausübungsbefugt und nutzungsberechtigt ist. Vielmehr tritt die Zuwendung erst im Zeitpunkt ein, wenn der empfangende Ehegatte intern über die Nießbrauchserträge frei zu eigenem Bedarf verfügen kann.²⁷

bb) Ertragsteuerliche Folgen

(1) AfA-Berechtigung des Veräußerers

Die Vereinbarung eines unentgeltlich eingeräumten Zuwendungsnießbrauches an den Ehegatten, der nicht Eigentümer war, unter aufschiebender Bedingung auf den Tod des zuwendenden Ehegatten, hat ihre Grundlage vorwiegend darin, dass dem Zuwendungsnießbraucher keine AfA-Berechtigung zusteht.²⁸ AfA-berechtigt gemäß § 7 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG ist nur derjenige, der die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten getragen hat.²⁹ Da sie auch der mit dem Nießbrauch belastete Eigentümer mangels Einkünften aus dem Nießbrauchsobjekt nicht geltend machen kann, geht sie auf die Dauer des Zuwendungsnießbrauchs verloren.³⁰

Liegt ein im Zeitpunkt der Zuwendung ertragsteuerlich relevanter Zuwendungsnießbrauch vor, geht die herrschende Meinung davon aus, dass damit gemäß der Auslegungsregelung in § 430 BGB die Rechtsbefugnisse aus dem Nießbrauchsrecht beiden Nießbrauchsberechtigten je zur Hälfte zustehen.³¹ Damit verliert der zuwendende Eigentümer im Rahmen des für sich festgelegten Vorbehaltsnießbrauchs die Hälfte der AfA-Berechtigung. Bleibt dagegen der zuwendende Eigentümer zunächst der alleinige Inhaber des vorbehaltenen Nießbrauchs, steht ihm

27 Volland, ZEV 2019, 254, 257. Ivens, ZEV 2012, 71, 74. Der Wert der Zuwendung ermittelt sich dann aber auch erst auf diesen Zeitpunkt, § 6 Abs. 1 BewG. Hierzu BFH, Urteil vom 06.05.2020, II R 11/19, MittBayNot 2021, 87 m. Anm. Loose = DStR 2020, 1961 = ZEV 2020, 722.

28 Schreiben betreffend der einkommensteuerrechtlichen Behandlung des Nießbrauchs und anderer Nutzungsrechte bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (= Nießbraucherlass) Verwaltungsanweisung vom 30.09.2013, IV C 1 – S 2253/07/100042, BStBl. I 2013, S. 1184 Rdnr. 19. Diese kann auch nicht der erwerbende Eigentümer geltend machen, weil ihm keine Einkünfte aus dem Nießbrauchsobjekt zufließen (Rdnr. 24).

29 Nießbrauchserlass, BStBl. I 2013, S. 1184 Rdnr. 42.

30 Spiegelberger/Fleischer, Vermögensnachfolge, § 4 Rdnr. 62.

31 BFH, Urteil vom 27.07.1982, VIII R 176/80, BFHE 136, 466 = BStBl. II 1983, S. 6 = MittBayNot 1983, 35; Urteil vom 11.10.1983, VIII R 200/80, BFHE 140, 175 = BStBl. II 1984, S. 266.

auch weiterhin die volle AfA-Berechtigung zu. Denn er hat als bisheriger Eigentümer die Anschaffungs- und Herstellungskosten des Wirtschaftsguts getragen und nutzt das Gebäude als Vorbehaltsnießbraucher weiterhin wie ein Eigentümer. Außerdem erzielt er daraus einkommensteuerpflichtige Einkünfte, mit denen die AfA verrechnet werden kann.³²

Bezüglich eines der vorliegenden Entscheidung vergleichbaren Sachverhalts, bei dem der Ehemann ein ihm allein gehörendes bebauts Grundstück, dessen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten er getragen hat, seinen Kinder unter Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauchs für sich und seine Ehefrau als Gesamtberechtigte im Sinne von § 428 BGB übertragen hat, hat der 9. Senat des BFH³³ jedoch bzgl. der AfA-Berechtigung entschieden: Übt allein der übertragende Alleineigentümer den Nießbrauch aus und verwirklicht er dadurch allein den Tatbestand der Einkunftsart „Vermietung und Verpachtung“, steht ihm neben der Geltendmachung von Werbungskosten auch die Gebäude-AfA in voller Höhe zu. Damit ist auch für die Ertragsteuer die Gestaltung über die Mitberechtigung als Gesamtläubiger gemäß § 428 BGB im Rahmen einer internen Festlegung hinsichtlich der Einkünfte aus dem Nießbrauchsrecht in der Weise zulässig, dass der zuwendende Eigentümer zunächst als Vorbehaltsnießbraucher alleiniger Vermieter des Grundstückes sein kann. Ihm werden dann die gesamten Mieterträge zugerechnet.

Soweit er auch allein die Aufwendungen hinsichtlich des Nießbrauchsobjekts trägt, können diese auch im vollen Umfang von ihm als Werbungskosten bei den Mieteinkünften geltend machen werden. Er kann somit allein in voller Höhe seine AfA-Berechtigung genauso wie als bisheriger Eigentümer fortsetzen. Bezüglich der nicht vom Nießbraucher zu tragenden außergewöhnlichen Erhaltungsaufwendungen (zum Beispiel Dachsanierung, Fassadenanstrich, neue Fenster), kann er diese jedoch nur als Werbungskosten bzw. ggf. als nachträglichen Herstellungsaufwand geltend machen, wenn ausdrücklich bei der Bestellung des Nießbrauchs im Verhältnis zum (erwerbenden) Eigentümer festgelegt wurde, dass diese auch vom Nießbraucher getragen werden.³⁴

(2) Keine AfA-Berechtigung beim Zuwendungsnießbraucher

Bezüglich des anderen Ehegatten als Zuwendungsnießbraucher bleibt es jedoch dabei, dass dieser ab dem Zeit-

32 Nießbrauchserlass, BStBl. I 2013, S. 1184 Rdnr. 42.

33 BFH, Urteil vom 24.09.1985, IX R 62/83, MittBayNot 1986, 41 in Abweichung vom Urteil vom 27.07.1982, VIII R 176/80, BFHE 136, 466 = BStBl. II 1983, S. 6 = MittBayNot 1983, 35 und vom Urteil vom 11.10.1983, VIII R 200/80, BFHE 140, 175 = BStBl. II 1984, S. 266; siehe Fn. 31.

34 BMF-Schreiben (Nießbrauchserlass), BStBl. I 2013, S. 1184 Rdnr. 42 f. Überhaupt ist zu beachten, dass Vereinbarungen zwischen nahen Angehörigen steuerrechtlich nur dann anzuerkennen sind, wenn sie klar vereinbart, ernsthaft gewollt und tatsächlich durchgeführt werden, (BFH, Urteil vom 16.01.2007, IX R 69/04, BStBl. II 2007, S. 579 m. w. N.).

punkt, in dem ihm die Mieterträge tatsächlich fließen, zwar die von ihm getragenen Aufwendungen als Werbungskosten bei den Mieterträgen geltend machen kann.³⁵ Eine AfA-Berechtigung steht ihm jedoch nicht zu, da er keine Herstellung- oder Anschaffungskosten getragen hat.³⁶

c) Rechtssituation bei Miteigentümern

Diese Folge könnte nur durch die alternativ vorgeschlagene Gestaltung erreicht werden, dass zeitlich vor der Überlassung des Grundbesitzes an die Kinder dem anderen Ehegatten ein Miteigentumsanteil überlassen wird. Nachteilig wäre dabei aber, dass dadurch unter Umständen eine Schenkungsteuer beim anderen Ehegatten entsteht, zumindest aber der Freibetrag dieses Ehegatten insoweit verbraucht wird und erst nach zehn Jahren in diesem Umfang wieder frei zur Verfügung steht. Dies wäre dann nachteilig, würde etwa der zuwendende Ehegatte innerhalb dieser Frist versterben und eine Erbfolge zugunsten des empfangenden Ehegatten eintreten.

Der Nießbrauch würde dabei jedem Ehegatten nur an seinem Miteigentumsanteil eingeräumt, um ihm die AfA-Berechtigung zu verschaffen, auch wenn die Bestellung des Nießbrauchs am Gesamtobjekt für beide Ehegatten als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB möglich wäre.³⁷ Bei Versterben eines Ehegatten steht dem Längerlebenden dann aber nicht automatisch der Nießbrauch am ganzen Objekt zu. Soll der Nießbrauch dem Längerlebenden sodann vollständig am Objekt zustehen, müssten zusätzliche Nießbrauchseintragungen zugunsten des Überlebenden bezogen auf das Gesamtobjekt erfolgen.³⁸ Dafür entstehen weitere Kosten beim Notar und Grundbuchamt. Die AfA-Berechtigung des verstorbenen Berechtigten kann dadurch aber nicht auf den längerlebenden Berechtigten übertragen werden.³⁹

7. Steuerliche Anerkennung?

Ob diese vorgeschlagene Gestaltung auch ohne Weiteres von den Finanzbehörden akzeptiert werden wird, ist

35 Außergewöhnlichen Erhaltungsaufwendungen, die nicht aufgrund der gesetzlichen Lastenverteilung vom Nießbraucher zu tragen sind, kann er jedoch nur als Werbungskosten geltend machen, wenn ausdrücklich bei der Bestellung des Nießbrauches festgelegt wurde, dass diese auch vom Nießbraucher getragen werden. Nießbrauchserlass, BStBl. I 2013, S. 1184 Rdnr. 21.

36 BFH, Urteil vom 24.04.1990, IX R 9/86, BFHE 160, 522 = BStBl. II 1990, S. 888 unter 1. a) Rdnr. 9 ff. m. w. N.; Nießbrauchserlass, BStBl. I 2013, S. 1184 Rdnr. 19-21. A. A. Schmidt/*Kulosa*, EstG, 40. Aufl. 2021, § 7 Rdnr. 61, wonach der überlebende Nichteigentümer-Ehegatte als Gesamtberechtigter oder aufschiebend bedingter Nießbrauchsberechtigter nach dem Tod des Übergebers auch die AfA in der bisherigen Höhe in Anspruch nehmen könne.

37 Bauer/Schaub/*Wegmann*, GBO, § 47 Rdnr. 162.

38 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.07.2008, 20 W 47/2007, DNotZ 2008, 846. N. Mayer, ZEV 2020, 702, 705.

39 BFH, Urteil vom 16.11.1993, IX R 103/90, DNotI-Report 1994, 6; BFH/NV 1994, 539. Hierzu auch *Shippers*, MittRhNotK 1996, 197, Abschn. IV. 6.

offen. Daher gilt der Grundsatz gerade bei einer solche Gestaltung, dass bei Nießbrauchsvereinbarungen möglichst immer vor der Beurkundung die gewünschte Gestaltung auch steuerrechtlich auf die sich daraus ergebenden Folgen überprüft werden sollte. Den Notar trifft zwar keine Verpflichtung, auf steuerliche Folgen seiner Urkundenregelungen hinzuweisen, soweit er diese nicht selbst ausdrücklich aus steuerlichen Gründen vorschlägt. Jedoch besteht für ihn zumindest eine Hinweispflicht, den beabsichtigten Vorgang steuerlich überprüfen zu lassen, wenn ihm ersichtlich ist, dass die Beteiligten auf die steuerlichen Auswirkungen Wert legen oder die Beteiligten über mögliche steuerliche Folgen unerfahren sind.⁴⁰ Muss der Notar Anlass für die Vermutung haben, dass sich die Beteiligten über die mit dem Rechtsgeschäft verbundenen steuerlichen Risiken nicht bewusst sind, sollte er ihnen nahe legen, vor der Beurkundung eine steuerliche Beratung durch einen Fachmann in Anspruch zu nehmen.⁴¹

8. Regelungsmöglichkeit

Ohne Gewähr für dessen steuerliche Anerkennung könnte die Vereinbarung des Nießbrauchsvorbehalt im Rahmen der Überlassung eines vermieteten Grundbesitzes danach lauten⁴²:

Nießbrauchsregelungen

1. Dingliche Bestellung:

Der Veräußerer behält sich und seinem Ehegatten, Herrn/Frau (...) (nachfolgend auch „begünstigter Ehegatte“ genannt), beiden zusammen als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB das Recht auf Lebensdauer des Längstlebenden von beiden (= nachfolgend auch „Berechtigter“, selbst wenn es sich um mehrere handelt) vor, sämtliche Nutzungen des überlassenen Grundbesitzes uneingeschränkt und ohne Gegenleistung zu ziehen in Form eines unentgeltlichen

Nießbrauchsrechts

nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, jedoch unter folgenden Änderungen:

- a) Dem Nießbraucher obliegen Ausbesserungen und Erneuerungen auch insoweit, als sie die gewöhnliche Unterhaltung der Sache überschreiten.
- b) Der Nießbraucher hat auf die Dauer des Nießbrauchs neben den ordentlichen öffentlichen Lasten auch die außerordentlichen öffentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, zu tragen.

40 Beck'sches Notar-Handbuch/*Spiegelberger*, 7. Aufl. 2019, § 29 Rdnr. 85.

41 Hauschild/Kallrath/*Wachter*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 35 Rdnr. 73 ff.

42 Der Mustertext bzgl. der Regelungen zwischen den Nießbrauchsberechtigten beruht auch auf Formulierungsempfehlungen von Notarkollegen Dr. *Eckhard Wälzholz*, dem dafür gedankt wird, ebenso dem Notarkollegen *Benedikt Goslich* für seine Formulierungsvorschläge.

- c) (ggf.) Der Nießbraucher hat sämtliche privatrechtlichen Lasten, die zurzeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhen, einschließlich der Zins- und Tilgungsleistungen für die durch das in Ziffer I. aufgeführte Grundpfandrecht gesicherten Verbindlichkeiten zu erfüllen.⁴³
- d) (ggf.) Der Nießbraucher trägt auch die Kosten und Lasten nach dem WEG, einschließlich der Zuführungen zu der Instandhaltungsrücklage, nicht jedoch Sonderumlagen.⁴⁴
- e) (ggf.) Den Nießbraucher trifft auch die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht.⁴⁵

Die Beteiligten bewilligen und der Erwerber beantragt, den Nießbrauch für beide Berechtigte im angegebenen Berechtigungsverhältnis gemäß § 428 BGB am Vertragsgegenstand mit dem Vermerk einzutragen, dass zur Löschung des Rechts des jeweiligen Berechtigten dessen Todesnachweis genügen soll.

- 43 Nach § 1047 BGB hat der Nießbraucher nur die Grundschuldzinsen zu tragen, also die Zinsen, die für die zugrunde liegenden persönlichen Verbindlichkeiten tatsächlich zu erbringen sind (BeckOK-BGB/*Reischl*, Stand: 01.11.2021, § 1047 Rdnr. 9) und kann diese auch steuerlich als Werbungskosten geltend machen; ihn trifft jedoch nicht die Tilgung. Wird vereinbart, dass der Veräußerer auch die Tilgungsleistungen auf die bzgl. dem überlassenen Grundbesitz bestehenden Verbindlichkeiten weiterhin bezahlen wird, ist dies besonders festzulegen (siehe hierzu u. a.: *Ivens*, ZEV 2012, 71, 73; *Trömer*, RNotZ 2016, 421, 435 f. Nach LG Bonn, Urteil vom 19.12.1983, 4 T 303/84, MittRhNotK 1985, 79, enthält dies eine über die bloße Ausgestaltung des Nießbrauchsrechts hinausgehende selbstständige neue Vereinbarung, die auch kostenmäßig eigenständige Bedeutung hat. Zu Gestaltungsmöglichkeiten bzgl. Regelung des gesetzlichen Schuldverhältnisses siehe auch Beck'sches Notar-Handbuch/*Herrler*, § 5 Rdnr. 311 ff.; *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rdnr. 1366 ff., 1377 ff., insb. Rdnr. 1388 bzgl. Tilgungsregelung.
- 44 Diese gehören nicht zu den nach § 1047 BGB zu tragenden privatrechtlichen Lasten (BeckOK-BGB/*Reischl*, § 1047 Rdnr. 12, 13). Damit sie aber steuerlich geltend gemacht werden können, sollte bei Nießbrauch an Wohnungs- oder Teileigentum eine entsprechende Regelung aufgenommen werden. Hier: *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, Rdnr. 1339 mit detailliertem Regelungsvorschlag auch bzgl. der Zahlung auf die Bildung von Rücklagen und bzgl. der Stimmrechtsvollmacht des Nießbrauchers in Eigentümerversammlungen.
- 45 Im Außenverhältnis ist sowohl der Eigentümer als auch der Nießbraucher verkehrssicherungspflichtig. Die Regelung hat keine Wirkung gegenüber Dritten. Sie kann aber nach BayObLG, Beschluss vom 17.01.1990, BReg. 2 Z 122/89, DNotZ 1991, 257 = MittBayNot 1990, 172 = MittRhNotK 1990, 80, als dinglicher Inhalt in das Grundbuch eingetragen werden. Hierzu i. E. *Trömer*, RNotZ 2016, 421, 431 f.; *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, Rdnr. 1385. Im Innenverhältnis ist es jedoch ggf. zweckmäßig, diese Pflichten dem Nießbraucher aufzuerlegen, damit dieser die dafür entstehenden Kosten, insbesondere auch die Kosten einer entsprechenden Haftpflichtversicherung, steuerlich als Werbungskosten geltend machen kann.

2. Regelungen zwischen den Nießbrauchsberechtigten:

Rein schuldrechtlich vereinbaren die Berechtigten ausschließlich im Innenverhältnis hinsichtlich der vorstehenden Nießbrauchsbestellung untereinander Folgendes:

a) Die Mitberechtigung als Nießbraucher ist dem begünstigten Ehegatten vom Veräußerer mit sofortiger Wirkung im Berechtigungsverhältnis gemäß § 428 BGB unentgeltlich und ohne Auflagen zugewendet.

b) Der begünstigte Ehegatte stimmt der Überlassung des Vertragsgegenstandes durch den veräußernden Eigentümer gemäß dieser Urkunde uneingeschränkt zu.

c) Alternative 1:

Ein Verzicht auf Pflichtteilsergänzungsansprüche am Nachlass des Veräußerers wird aus Kostengründen nicht vereinbart.

Alternative 2:

Der Begünstigte als Ehegatte des Veräußerers verzichtet auf jegliche Pflichtteilsergänzungsansprüche hinsichtlich des heutigen Vertragsgegenstands am Nachlass des Veräußerers. Der Veräußerer nimmt diesen beschränkten Verzicht auf Pflichtteilsergänzungsansprüche hiermit an.

d) internes Ausübungsverhältnis:

Abweichend von dem gemäß § 430 BGB geltenden Berechtigungsverhältnis treffen die Nießbrauchsberechtigten ausschließlich im Innenverhältnis untereinander folgende Vereinbarung hinsichtlich der Ausübung des Nießbrauchs:

Alle Befugnisse aus dem Nießbrauchsrecht werden, solange das Nießbrauchsrecht für ihn besteht, vom Veräußerer allein ausgeübt. Auf diese Dauer stehen ihm allein alle Erträge aus dem Nießbrauch zu und hat er alle Verpflichtungen im Rahmen des Nießbrauchs unter Freistellung des begünstigten Ehegatten zu tragen und zu erfüllen. (ggf. ebenso auch die übernommenen Zins- und Tilgungsverpflichtungen)

Erst mit Beendigung des Nießbrauchs für den Veräußerer ist der begünstigte Ehegatte allein und uneingeschränkt zur alleinigen Ausübung aller Befugnisse aus dem Nießbrauchsrecht berechtigt und mit den sich daraus ergebenden Verpflichtungen belastet.

e) Alternative 1:

Eine Regelung für den Scheidungsfall wird ausdrücklich nicht gewünscht.

Alternative 2:

Für den Fall, dass der Antrag auf Scheidung der Ehe der Berechtigten von einem von beiden gestellt wird, wird vereinbart, dass in diesem Fall der begünstigte Ehegatte verpflichtet ist, auf alle Rechte aus dem ihm mit heutigem Vertrag zugewendeten Nießbrauch unverzüglich



zu verzichten und die im Grundbuch eingetragenen Rechte auf Kosten des die Scheidung beantragenden Ehegatten zur Löschung zu bewilligen und zu beantragen.

3. Notarhinweis

Der Notar hat bereits bei Zusendung des Entwurfs dieser Urkunde die Beteiligten darauf hingewiesen, dass aufgrund der möglichen steuerlichen Folgen der Vereinbarungen zur Nießbrauchsbestellung eine vorherige steuerliche Prüfung der vorgesehenen Regelungen dringend erforderlich ist. Der Notar kann keine steuerliche Überprüfung vornehmen und hat weder steuerlich beraten noch die vorgeschlagene Regelung als steuerlich passend empfohlen.

9. Zusammenfassung

Auch bei Bestellung eines Nießbrauchs für Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB kann steuerlich durch Gestaltung im Innenverhältnis erreicht werden, dass nur der den Grundbesitz veräußernde Alleineigentümer-Ehegatte zunächst steuerlich allein auch als Nießbraucher angesehen wird und damit allein AfA-berechtigt für das Gesamtobjekt bleibt. Die Einräumung des Zuwendungsnießbrauchs an einen Dritten, wie dem Ehegatten, führt dann zum Zeitpunkt der Einräumung noch nicht zu einer steuerpflichtigen Schenkung an diesen und zum (teilweisen) Verlust der AfA-Berechtigung, wenn diesem Ehegatten durch interne Vereinbarung keine Befugnisse auf die Erträge aus dem Nießbrauch zustehen. Damit erübrigt sich möglicherweise die bisherige Vereinbarung eines aufschiebend bedingten Zuwendungsnießbrauchs zugunsten des Dritten (anderen Ehegatten) neben dem Vorbehaltsnießbrauch für den das Eigentum am Grundbesitz übertragenden Ehegatten. Generell sollten vor der Beurkundung einer Überlassung eines vermieteten Grundbesitzes unter Nießbrauchsvorbehalt stets die steuerlichen Folgen der vorgesehenen Nießbrauchsgestaltung geprüft werden. Bedeutsam ist dies, soweit aus dem Nießbrauch Mieterträge erzielt werden, was jedoch auch bei einer vorläufigen Selbstnutzung durch den Veräußerer und seinen Ehegatten aufgrund der Nießbrauchsbefugnisse zukünftig nicht ausgeschlossen, sondern gerade beabsichtigt ist.

22. Widerruf des Verzichts auf Steuerbefreiung für eine Grundstückslieferung

BFH, Beschluss vom 02.07.2021, XI R 22/19 (Vorinstanz: FG Baden-Württemberg, Urteil vom 01.08.2019, 1 K 3115/18)

MwStSystRL Art. 137 Abs. 2

RL 2006/112/EG Art. 137 Abs. 2

UStG § 4 Abs. 9 lit. a, § 9 Abs. 1 und 3 Satz 2, § 15a Abs. 1

LEITSATZ:

Der Verzicht auf die Steuerbefreiung des § 4 Nr. 9 lit. a UStG kann widerrufen werden, solange die Steuerfestset-

zung für das Jahr der Leistungserbringung noch anfechtbar oder noch nach § 164 AO änderbar ist. § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG i. d. F. des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 regelt den Widerruf nicht.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Streitig ist, ob der Widerruf eines Verzichts auf die Steuerbefreiung für eine Grundstückslieferung wirksam ist.

2 Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin), eine GmbH, erwarb mit notariell beurkundetem Grundstückskaufvertrag vom 18.05.2009 von der A Immobilien GmbH (Veräußerin) das Grundstück in X, (...)straße, für 320.000 €. Auf dem Grundstück stand ein sanierungsbedürftiges Gebäude. Die Veräußerin verzichtete in § 3 Abs. 1 des Vertrags auf die Steuerbefreiung für Grundstückslieferungen.

3 Die Klägerin wollte das Objekt sanieren und steuerpflichtig weiterverkaufen. In ihrer Umsatzsteuererklärung 2009 vom 15.07.2010 gab sie Umsätze von 320.000 € an, für die sie nach § 13 b Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UStG in der damals geltenden Fassung als Leistungsempfängerin die Steuer schulde, und zog die sich daraus ergebende Steuer von 60.800 € gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UStG als Vorsteuer wieder ab. Eine Zahllast ergab sich nicht.

4 Die Veräußerin reichte ihre Umsatzsteuererklärung 2009 am 16.06.2010 ein; das zuständige FA stimmte der Erklärung am 23.09.2010 zu. Weitere Änderungen der Steuerfestsetzung ergaben sich bis zum Jahr 2013 nicht.

5 Die Klägerin veräußerte mit notariellem Grundstückskaufvertrag vom 01.11.2011 eine Teilfläche des Grundstücks mit dem nicht sanierten Gebäude – ohne Verzicht auf die Steuerbefreiung – für 820.000 €. Mit notariellem Vertrag („Änderung eines Grundstückskaufvertrags“) vom 23.04.2012 vereinbarten die Veräußerin und die Klägerin die Rückgängigmachung des im Grundstückskaufvertrag vom 18.05.2009 erklärten Verzichts auf die Steuerbefreiung.

6 In ihrer Umsatzsteuererklärung für das Jahr 2011 (Streitjahr) vom 25.04.2013 erklärte die Klägerin eine steuerfreie Grundstückslieferung von 820.000 €. Eine Berichtigung des Vorsteuerabzugs aus dem Erwerbsvorgang nahm sie nicht vor. Die Steuererklärung des Jahres 2009 blieb ebenfalls unverändert.

7 Aufgrund einer Außenprüfung hielt die Prüferin die Rückgängigmachung des Verzichts auf die Steuerbefreiung für nicht wirksam. Der im Jahr 2009 vorgenommene Vorsteuerabzug sei nach § 15a Abs. 2 UStG im Streitjahr i. H. v. 30.400 € zu berichtigen.

8 Das damals für die Klägerin zuständige FA erließ einen Umsatzsteuer-Änderungsbescheid für das Streitjahr vom 01.09.2015. Der Vorbehalt der Nachprüfung im Umsatzsteuerbescheid für das Jahr 2009 wurde mit Änderungsbescheid vom gleichen Tag aufgehoben.

9 Die Klägerin legte gegen den Umsatzsteuer-Änderungsbescheid für das Streitjahr Einspruch ein. Der inzwischen für die Besteuerung der Klägerin zuständig gewordene Beklagte und Revisionskläger (das FA) wies den Einspruch mit

Einspruchsentscheidung vom 26.10.2018 als unbegründet zurück. Der Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung der Lieferung eines Grundstücks könne nur in dem dieser Grundstückslieferung zugrunde liegenden notariellen Vertrag erklärt werden. Gleiches gelte für die Rückgängigmachung des Verzichts.

10 Das FG Baden-Württemberg gab der Klage mit Urteil vom 01.08.2019, 1 K 3115/18 aus den in EFG 2020, 168 veröffentlichten Gründen statt.

11 Mit der Revision rügt das FA die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

12 Es beantragt, das FG-Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

13 Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

14 II. Die Entscheidung ergeht gemäß § 126a FGO. Der Senat hält einstimmig die Revision für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich. Die Beteiligten sind unterrichtet worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

15 1. Die Klage war zulässig. Sie ist insbesondere nicht verspätet erhoben worden. Die Zugangsvermutung nach § 122 Abs. 2 Nr. 1 AO findet – wie die Vorinstanz zu Recht entschieden hat – keine Anwendung, weil aufgrund der Einschaltung eines privaten Postdienstleiters zur Übermittlung der Einspruchsentscheidung an einem Freitag und der Weitergabe des Briefes von diesem an die Deutsche Post AG Zweifel an der sog. Dreitagesfiktion begründet wurden. Die Klägerin konnte sich auch auf den Posteingangsstempel, einen Ausdruck aus dem DATEV-Dokumentationserfassungssystem, das Fristenkontrollbuch und die eidesstattliche Versicherung einer Mitarbeiterin des Prozessbevollmächtigten berufen.

16 2. Das FG hat im Ergebnis zu Recht entschieden, dass die Veräußerin wirksam den Verzicht auf die Steuerbefreiung nach § 9 Abs. 3 UStG widerrufen hat.

17 a) Nach § 4 Nr. 9 lit. a UStG sind Umsätze, die unter das GrEStG fallen, steuerfrei. Der Unternehmer kann gemäß § 9 Abs. 1 UStG u. a. einen solchen Umsatz als steuerpflichtig behandeln, wenn der Umsatz an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausgeführt wird. Der leistende Unternehmer kann, soweit – wie im Streitfall – die Lieferung eines Grundstücks außerhalb eines Zwangsversteigerungsverfahrens betroffen ist, nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG (eingefügt durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 vom 29.12.2003, HBeglG 2004, BGBl. 2003 I, S. 3076) „nur in dem gemäß § 311b Abs. 1 BGB notariell zu beurkundenden Vertrag“ auf die Steuerbefreiung eines Grundstücksumsatzes i. S. v. § 4 Nr. 9 lit. a UStG verzichten.

18 Die Vorschrift ermöglicht nach ihrem Wortlaut in diesen Fällen den Verzicht „nur in dem“ der Grundstückslieferung zugrunde liegenden notariell zu beurkundenden Vertrag. Dies ist der Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben (vgl. § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB „Verpflichtungsvertrag“), der der Auflassung und der Eintragung in das Grund-

buch vorhergeht (vgl. § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB). Danach schließt der Wortlaut des § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG eine Option zur Steuerpflicht in einer nachfolgenden Neufassung dieses Vertrages selbst dann aus, wenn diese gleichfalls notariell beurkundet wurde (vgl. Urteil des BFH vom 21.10.2015, XI R 40/13, BFHE 251, 474 = BStBl. II 2017, S. 852).

19 b) Der Widerruf des Verzichts auf die Steuerbefreiung kann allerdings außerhalb dieser notariellen Urkunde erfolgen. Er ist möglich, solange die Steuerfestsetzung für das Jahr der Leistungserbringung noch anfechtbar oder noch nach § 164 AO änderbar ist.

20 aa) Bezogen auf die Rechtslage vor Ergehen des HBeglG 2004 galt nach ständiger Rechtsprechung des BFH, dass der Verzicht auf die Steuerbefreiung wieder rückgängig gemacht werden konnte (vgl. BFH-Urteile vom 25.01.1979, V R 53/72, BFHE 127, 238 = BStBl. II 1979, S. 394; vom 25.02.1993, V R 78/88, BFHE 171, 369 = BStBl. II 1993, S. 777; vom 11.08.1994, XI R 57/93, BFH/NV 1995, 170; vom 01.02.2001, V R 23/00, BFHE 194, 493 = BStBl. II 2003, S. 673; Abschn. 148 Abs. 4 der Umsatzsteuer-Richtlinien). Der Verzicht und sein Widerruf als *actus contrarius* waren mit Blick auf die zeitlichen Grenzen ihrer Ausübung gleich zu behandeln (vgl. BFH-Urteile vom 28.11.2002, V R 54/00, BFHE 200, 38 = BStBl. II 2003, S. 175 unter II. 2. b); vom 19.12.2013, V R 7/12, BFHE 245, 80 = BStBl. II 2017, S. 841). Der Widerruf wirkte auf das Jahr der Ausführung des Umsatzes zurück. Es war dabei unerheblich, ob der Verzicht bereits durch eine privatschriftliche Vertragsänderung oder erst durch eine notariell beurkundete Vertragsänderung wirksam widerrufen worden war. Der Widerruf konnte bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit der Steuerfestsetzung gegenüber dem leistenden Unternehmer erklärt werden (BFH-Urteile in BFHE 127, 238 = BStBl. II 1979, S. 394; in BFH/NV 1995, 170; vom 01.02.2001, V R 23/00, BFHE 194, 493 = BStBl. II 2003, S. 673). Später entschied der BFH, dass der Verzicht auf Steuerbefreiungen nach § 9 UStG solange zurückgenommen werden konnte, solange die Steuerfestsetzung für das Jahr der Leistungserbringung anfechtbar oder aufgrund eines Vorbehalts der Nachprüfung gemäß § 164 AO noch änderbar war (Klarstellung der Rechtsprechung; vgl. BFH-Urteile in BFHE 245, 80 = BStBl. II 2017, S. 841; vom 19.12.2013, V R 6/12, BFHE 245, 71 = BStBl. II 2017, S. 837).

21 bb) Aufgrund der Einfügung des § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG mit Wirkung zum 01.01.2004 durch Art. 29 HBeglG 2004 sah sich der erkennende Senat dazu gezwungen, die Sichtweise zur zeitlichen Grenze des Verzichts auf die Steuerbefreiung von Grundstückslieferungen aufzugeben. Der Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung der Lieferung eines Grundstücks (außerhalb eines Zwangsversteigerungsverfahrens) kann danach nur in dem dieser Grundstückslieferung zugrunde liegenden notariell zu beurkundenden Vertrag erklärt werden. Neben dem Wortlaut der Regelung war für diese Entscheidung insbesondere maßgeblich, dass ein anderes Verständnis des § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG den Leistungsempfänger nicht genügend geschützt und die Gefahr von Steuerausfällen zur Folge gehabt hätte (vgl. BFH-Urteil in BFHE 251, 474 = BStBl. II 2017, S. 852 Rdnr. 46 ff.). Die Fi-

nanzverwaltung folgte dieser Rechtsprechung (vgl. Schreiben des BMF vom 02.08.2017, BStBl. I 2017, S. 1240).

22 cc) Diese Deutung zur zeitlichen Grenze für die Erklärung des Verzichts auf die Umsatzsteuerbefreiung einer Grundstückslieferung gilt jedoch nur für den Verzicht, nicht aber für den Widerruf des Verzichts auf die Steuerbefreiung. Der Widerruf kann auch für Grundstückslieferungen erfolgen, solange die Steuerfestsetzung für das Jahr der Leistungserbringung anfechtbar oder aufgrund eines Vorbehalts der Nachprüfung gemäß § 164 AO noch änderbar ist.

23 (1) Nach Unionsrecht stellt die Erklärung der Option zur Steuerpflicht in dem gemäß § 311b Abs. 1 BGB notariell zu beurkundenden Vertrag nach § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG wie auch der Widerruf der Option nur eine Modalität der Ausübung des Optionsrechts i. S. v. Art. 13 Teil C Satz 2 der Sechsten RL 77/388/EWG des Rates vom 17.05.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern, nunmehr Art. 137 Abs. 2 der RL 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (MwStSystRL), dar.

24 (2) Der Wortlaut des § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG betrifft nur den auf die Steuerbefreiung (formal und auch zeitlich) begrenzten Verzicht. Die Regelung betrifft nicht den Widerruf. Der Grundsatz, dass sowohl die Option als auch der Widerruf der Option (als actus contrarius) in gleicher Weise auszuüben sind, gilt nicht mehr nach der Rechtslage durch das HBegG 2004 für die zeitliche Grenze der Ausübung des Wahlrechts. Denn würde das Recht zum Widerruf des Verzichts auf die Steuerbefreiung gleichzeitig mit dem Verzicht der Steuerbefreiung ausgeübt werden müssen, wäre der Widerruf des Verzichts faktisch ausgeschlossen. Der Zweck der Vorschrift des § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG steht dem nicht entgegen. Die Regelung soll den Leistungsempfänger vor einem nachträglichen Verzicht des leistenden Unternehmers schützen, um eine nachträgliche Steuerschuld des Leistungsempfängers zu verhindern (Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucks. 583/10, S. 13; BFH-Urteil in BFHE 251, 474 = BStBl. II 2017, S. 852 Rdnr. 46 f.). Der Widerruf der Option führt dagegen zu einer Steuerbefreiung und damit nicht zu einer Belastung des Leistungsempfängers.

25 Darüber hinaus drohen insoweit auch keine Steuerausfälle (siehe zum Erfordernis der Verhinderung eines Steuerausfalls bei der Anwendung des § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG BFH-Urteil in BFHE 251, 474 = BStBl. II 2017, S. 852 Rdnr. 51), da nicht nur die Steuerlast beim Empfänger entfällt, sondern ggf. gleichzeitig auch sein Recht zum entsprechenden Vorsteuerabzug.

26 (3) Der Senat schließt sich damit im Ergebnis der überwiegenden Ansicht im Schrifttum an (vgl. *Wäger*, UR 2016, 125, 148 ff.; *Wäger/Wäger*, UStG, 1. Aufl., § 9 Rdnr. 110; *Sterzinger*, UStB 2017, 268, 274 unter IV. 3.; *Sterzinger*, DStR 2016, 1303; *Erdbrügger*, BB 2016, 734; *Prätzler*, MwStR 2017, 740; *Sölch/Ringleb/Schüler-Täsch*, Umsatzsteuer, § 9 Rdnr. 179; *Grünwald*, DStR 2016, 55; *Rau/Dürnwächter/Stadie*, Umsatzsteuergesetz, § 15 Rdnr. 1648; *BeckOK-UStG/Meyer*, Stand: 05.10.2020, § 9 Rdnr. 94.1; *Bettermann*, UR 2017, 908; *Ehrmann/Dombrowsky*, ZfIR 2016, 333, 338; *Full*,

MwStR 2016, 277; *Winkelhog/Krüsmann*, ZfIR 2016, 359, 360). Zugleich ist der Deutung entgegenzutreten, der Senat habe in seiner Entscheidung in BFHE 251, 474 = BStBl. II 2017, S. 852 Rdnr. 56 f. die Auffassung vertreten, dass auch der Widerruf nach § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG in dem der Grundstückslieferung zugrunde liegenden notariell zu beurkundenden Vertrag erklärt werden müsse (zum Beispiel *Sölch/Ringleb/Schüler-Täsch*, a. a. O., § 9 Rdnr. 179). Vielmehr ist dort darauf hingewiesen worden, dass § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG die Rechtsprechung zur zeitlichen Grenze u. a. des Widerrufs der ausgeübten Option begrenze. § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG enthält jedoch nur eine eingrenzende Regelung, die hinsichtlich des Verzichts auf die Umsatzsteuerbefreiung einer Grundstückslieferung für Rechtssicherheit und „klare Verhältnisse“ im Zeitpunkt des Abschlusses des gemäß § 311b Abs. 1 BGB notariell zu beurkundenden Vertrags sorgt (vgl. *Rauch*, *Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung* 2016, 386; *Offerhaus/Söhn/Lange/Hundt-EBwein*, § 9 UStG Rdnr. 112), nicht aber eine Begrenzung des Widerrufs der Option zur Steuerpflicht. Soweit die Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben in BStBl. I 2017, S. 1240 und Abschn. 9.2 Abs. 9 Satz 3 des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses) der Ansicht ist, dass die Rücknahme des Verzichts auf die Umsatzsteuerbefreiung der Lieferung eines Grundstücks außerhalb eines Zwangsversteigerungsverfahrens nur in dem dieser Grundstückslieferung zugrunde liegenden notariell zu beurkundenden Vertrag erklärt werden kann, folgt der Senat dem aus den dargelegten Gründen nicht.

27 c) Das FG ist im Streitfall auch zu Recht davon ausgegangen, dass der Widerruf rechtzeitig erklärt worden ist. Dabei stand die Umsatzsteuererklärung 2009 der Klägerin vom 15.07.2010, auf die wegen der bei ihr wegen der Umkehr der Steuerschuldnerschaft entstandenen Steuerschuld maßgeblich abzustellen ist (siehe auch *Sölch/Ringleb/Schüler-Täsch*, a. a. O., § 9 Rdnr. 90), einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleich (§ 168 Satz 1 AO). Der Vorbehalt war im Zeitpunkt des Widerrufs des Verzichts durch die Veräußerin am 23.04.2012 noch wirksam. Die Aufhebung des Vorbehalts der Nachprüfung erfolgte erst am 01.09.2015. Somit konnte der Widerruf des Verzichts auf die Steuerbefreiung durch die Veräußerin am 23.04.2012 wirksam erklärt werden.

28 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater Dr. Christian Salder, München

1. Einordnung

Der XI. Senat des BFH verdeutlicht in diesem Verfahren per Beschluss die Voraussetzungen für die Ausübung des Verzichts auf die Steuerbefreiung bei der Lieferung eines Grundstücks (außerhalb eines Zwangsversteigerungsverfahrens).

Wie bei der Ausübung anderer Wahlrechte stellt sich auch bei der Ausübung des umsatzsteuerlichen Optionsrechts nach § 9 UStG die Frage danach, wann und wie der leis-



tende Unternehmer diese Option rechtswirksam ausüben kann. § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG verlangt hierfür, dass der Verkäufer den Verzicht auf die Steuerbefreiung gemäß § 4 Nr. 9 lit. a UStG im Rahmen des notariell beurkundeten Kaufvertrags erklärt. Die Finanzverwaltung hält zwar eine Rücknahme eines solchen Verzichts für grundsätzlich zulässig. Allerdings soll die Rücknahme des Verzichts nur unter den gleichen Bedingungen wie die Ausübung des Verzichts zulässig sein (vgl. Abschn. 9.2. Abs. 9 Satz 3 UStAE). Die Finanzverwaltung beruft sich hierbei auf die Rechtsprechung des BFH.¹

Der XI. Senat des BFH stellt nun klar, dass die Finanzverwaltung dieses Urteil offensichtlich falsch interpretierte. In seinem Beschluss legt der Senat dar, dass die zeitlichen und formalen Beschränkungen aus § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG ausschließlich für die Ausübung des Verzichts auf die Umsatzsteuerbefreiung gelten. Dagegen sollen sie nach Auffassung des XI. Senats nicht beim Widerruf des Verzichts auf die Umsatzsteuerbefreiung anwendbar sein. Vor Einführung des § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG zum 01.01.2004 durch das HBegIG 2004 galten für den Widerruf der Option als *actus contrarius* die gleichen zeitlichen und formalen Beschränkungen wie für die Ausübung der Option selbst. Diesen Grundsatz hatte die Finanzverwaltung offensichtlich auch bei der Auslegung des BFH-Urteils aus dem Jahr 2015 zugrunde gelegt. Allerdings verkenne dies – so der XI. Senat in seinem aktuellen Beschluss –, dass damit der Widerruf eines Verzichts auf die Umsatzsteuerbefreiung faktisch nicht möglich sei. Wenn der liefernde Unternehmer sowohl den Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung als auch den Widerruf dieses Verzichts in dem notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrags erklären müsse, laufe die Option und der Widerruf faktisch ins Leere. Dieses Ergebnis könnte allenfalls durch einen aufschiebend bedingten Widerruf vermieden werden. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass die Finanzverwaltung dies vor Augen hatte.

Vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass das Gesetz den rückwirkenden Widerruf des Verzichts auf Umsatzsteuerbefreiung nicht *per se* ausschließe, könne der Verzicht also zu einem späteren Zeitpunkt ohne Beurkundung nach § 311a BGB erklärt werden. Voraussetzung hierfür ist nach Auffassung des BFH lediglich, dass die Steuerfestsetzung für das Jahr der Leistungserbringung noch anfechtbar oder nach § 164 AO änderbar ist. Damit ist sichergestellt, dass beim leistenden Unternehmer die umsatzsteuerlichen Konsequenzen noch gezogen werden können. In der Praxis betrifft dies insbesondere die Berichtigung des Vorsteuerabzugs nach § 15a UStG, wenn die Grundstückslieferung entgegen der ursprünglichen Behandlung den Vorsteuerabzug aus bezogenen Eingangsleistungen ausschließt (§ 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG). Daneben sind aber auch die umsatzsteuerlichen Folgen beim Käufer zu bedenken. Dieser muss die ursprünglich vorgenommene Besteuerung des Erwerbs (Übergang der Steuerschuld auf den Erwerber gemäß

§ 13b Abs. 5 Satz 1, Abs. 2 Nr. 3 UStG) und den korrespondierenden Vorsteuerabzug korrigieren. Sollte die Umsatzsteueranmeldung des Erwerbers zum Zeitpunkt der Erklärung des Widerrufs durch den Verkäufer bereits nicht mehr änderbar sein, wäre an eine Änderung auf Grundlage des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zu denken.²

Im Zuge des Beschlusses bestätigt der BFH auch seine frühere Aussage in seinem Urteil vom 21.10.2015³, wonach die Optionsausübung nur mit dem Grundstückskaufvertrag und nicht nachträglich, zum Beispiel in einer beurkundeten Nachtragsvereinbarung, erklärt werden kann. Der BFH argumentierte damals mit der Schutzfunktion gegenüber dem Erwerber. Allerdings wird nicht klar, warum eine nachträgliche Beurkundung dem Erwerber nur einen eingeschränkten Schutz bieten soll. Inhaltlich vermag also schon die damalige Entscheidung nicht wirklich zu überzeugen.⁴

Durch die Bestätigung im hier diskutierten Beschluss wird die frühere Entscheidung leider nicht klarer oder nachvollziehbarer. Im Gegenteil löst nicht nur der ursprüngliche Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung, sondern auch der Widerruf des Verzichts beim Erwerber umsatzsteuerliche und damit auch wirtschaftliche Konsequenzen aus. Es leuchtet nicht ein, warum der nachträgliche Verzicht nicht zulässig sein soll, der nachträgliche Widerruf eines ursprünglich erklärten Verzichts aber schon. Zu Recht wird daher die Bestätigung der ursprünglichen Entscheidung angegriffen.⁵

2. Praxishinweis

Nach der Rechtsprechung des BFH ist also ein Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung gemäß § 9 Abs. 3 UStG nur möglich, wenn dieser im notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag erklärt wird. Ein Verzicht zu einem späteren Zeitpunkt ist nach wie vor ausgeschlossen. Ist zum Zeitpunkt der Beurkundung die zukünftige Verwendung des Grundstücks oder eine Umsatzsteuerposition einer der Parteien noch unklar, sollte vorsorglich der Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung für die Grundstückslieferung beurkundet werden. Stellt sich später heraus, dass die Parteien die Steuerfreiheit der Lieferung bevorzugen, kann ein rückwirkender Widerruf erklärt werden. Dabei sollte erwogen werden, die Parteien bereits bei Beurkundung des Grundstückskaufvertrags entsprechend aufzuklären und auf die zeitlichen Schranken (§ 164 AO beim Verkäufer) und die übrigen umsatzsteuerlichen Wirkungen des Widerrufs hinzuweisen.

² So auch *Behrens*, BB 2021, 2850.

³ A. a. O.

⁴ U. a. *Prätzler*, MwStR 2017, 740.

⁵ *Behrens*, BB 2021, 2850.

¹ Vgl. Urteil vom 21.10.2015, XI R 40/13, DStR 2016, 50.



Tagungsbericht

„Schuldrechtsmodernisierung 2022: Kaufrechtsnovelle und Verträge über digitale Produkte“

Digitale Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 22.02.2022

Von Johannes Gansmeier, München¹

Am 22.02.2022 fand die erste Tagung im Jahr 2022 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Schuldrechtsmodernisierung 2022: Kaufrechtsnovelle und Verträge über digitale Produkte“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Dr. *Johannes Weber*, Notar in Freiburg im Breisgau, und Prof. Dr. *Thomas Riehm*, Lehrstuhlinhaber an der Universität Passau, vor. Anschließend übergab er das Wort an *Weber*.

Dieser erörterte in seinem Vortrag die Auswirkungen des neuen Sachmangelbegriffs auf die Gestaltung von Immobilienkaufverkäufen. Hierfür ging er zunächst auf den unionsrechtlichen Hintergrund der Kaufrechtsvolle ein. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie² aus dem Jahr 1999 sei im Jahr 2019 durch die – nunmehr vollharmonisierende – Warenkaufrichtlinie³ abgelöst worden, welche vom deutschen Gesetzgeber im Jahr 2021 in nationales Recht umgesetzt wurde.⁴ Zwar betreffe der Anwendungsbereich der Warenkaufrichtlinie mit Verbrauchsgüterkaufverträgen den Verkauf beweglicher Sachen. Allerdings habe der deutsche Gesetzgeber die maßgeblichen Vorgaben – überschießend – in § 434 BGB für alle Kaufverträge einheitlich umgesetzt. Aus diesem Grund seien auch Immobilienkaufverträge von der Kaufrechtsnovelle betroffen.

Um Unterschiede der neuen Rechtslage zum bislang geltenden Recht herausarbeiten zu können, ging *Weber* kurz auf die bislang geltenden Maßgaben in der Vertragspraxis zur Gewährleistung beim Immobilienkauf ein. Beim Verkauf von Bestandsimmobilien seien bislang in der Praxis kaum konkret-individuelle Beschaffenheitsvereinbarungen verabredet worden; vielmehr sei es gängige Praxis, in den Kaufverträgen festzuhalten, dass keine besondere Beschaffenheit vereinbart sei. Dadurch würde eine Gewährleistungshaftung des Verkäufers wegen Abweichungen von einer vereinbarten Beschaffenheit ausgeschlossen. Auch für „objektive“ Mängel würde meist ein Haftungsausschluss vereinbart. Bei arglistigem Verschweigen eines Mangels könne sich der Verkäufer freilich nach § 444 BGB nicht auf einen vereinbarten Haftungsausschluss berufen. Äußerungen der Vertragsparteien im Vorfeld des Vertragsschlusses begründeten zwar dann keine Beschaffenheitsvereinbarungen, wenn sie nicht Teil des beurkundeten Kaufvertrags waren, konnten nach der Rechtsprechung des BGH unter Umständen aber über § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB a. F. die (objektive) Soll-Beschaffenheit der Kaufsache bestimmen (zum Beispiel bei Exposés).⁵ Hierfür greife allerdings ein vereinbarter Haftungsausschluss – anders als für konkret-individuell vereinbarte Beschaffenheitsabweichungen⁶ – nicht durch. Für Neubauten finde demgegenüber in den meisten Konstellationen Werkvertrags- und kein Kaufrecht Anwendung. Für mitverkaufte bewegliche Sachen kämen im B2C-Kontext nach herrschender Meinung §§ 474 ff. BGB zur Anwendung; ein Haftungsausschluss nach § 476 Ab. 1 Satz 1 BGB a. F. sei somit nicht möglich gewesen.

Im neuen Kaufrecht sei auch nach der Gesetzesnovelle 2022 weiterhin § 434 BGB die Schlüsselnorm für die Ermittlung des Vorliegens eines Mangels. § 434 Abs. 1 BGB

- 1 Der Autor war bis zum 31.03.2022 Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.
- 2 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.
- 3 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG.
- 4 Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 25.06.2021, BGBl. 2021 I Nr. 37, S. 2133.

5 Dazu BGH, Urteil vom 25.01.2019, V ZR 38/18, MittBayNot 2020, 24 (m. Anm. *Weber*).

6 Zur Unwirksamkeit eines Haftungsausschlusses bezüglich subjektiver Beschaffenheitsvereinbarungen siehe allgemein BGH, Urteil vom 29.11.2006, VIII ZR 92/06, DNotZ 2007, 524; Urteil vom 27.09.2017, VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146 Rdnr. 23 m. w. N.

sehe nunmehr vor, dass die Kaufsache frei von Sachmängeln sei, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen dieser Vorschrift entspricht, wobei subjektive Anforderungen in § 434 Abs. 2 BGB und objektive Anforderungen in § 434 Abs. 3 BGB normiert seien. Ein Gleichrang zwischen subjektiven und objektiven Anforderungen sei – entgegen mancher Wortmeldungen im Schrifttum – § 434 Abs. 1 BGB nicht zu entnehmen. § 434 Abs. 3 BGB sehe insoweit vielmehr auch weiterhin eine vertragliche Dispositionsmöglichkeit der Parteien hinsichtlich der geschuldeten Beschaffenheitsanforderungen vor („Soweit nicht [...]“). § 434 Abs. 2 Satz 2 BGB konturiere nunmehr den Begriff der Beschaffenheit. Hiernach gehörten zur Beschaffenheit einer Sache Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und sonstige Merkmale der Sache, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben. Durch die Einordnung von „sonstigen Merkmalen“ als Teil der Beschaffenheit könne alles, was irgendeine Beziehung zur Sache habe, Gegenstand von Beschaffenheitsvereinbarungen sein. Die vertraglich vorausgesetzte Verwendung einer Sache nach § 434 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB sei seit 01.01.2022 beurkundungspflichtig, da in der insoweit maßgeblichen Warenkaufrichtlinie in Art. 6 Abs. 1 lit. b von einer „Zustimmung“ die Rede sei. Insgesamt könne – so *Weber* – festgehalten werden, dass sich aus der Modifikation des kaufrechtlichen Mangelbegriffs für Immobilienkaufverträge nur wenige relevante Änderungen ergäben.

Eine größere Relevanz hätte die Gesetzesnovelle allerdings für Konstellationen, in denen im B2C-Kontext neben einem Grundstück auch bewegliche Sachen (Zubehör) veräußert würden. In diesem Fall fänden nach bislang herrschender – nach *Weber* seit der Reform allerdings zweifelhaften – Auffassung die §§ 474 ff. BGB Anwendung. Diese seien durch die Schuldrechtsmodernisierung weitgehend modifiziert worden als der kaufrechtliche Mangelbegriff: § 476 Abs. 1 Satz 2 BGB enthalte nunmehr besondere formale Anforderungen an Beschaffenheitsvereinbarungen zwischen den Parteien. Die wirksame Vereinbarung einer Abweichung von den objektiven Beschaffenheitsanforderungen an die Kaufsache setze nunmehr voraus, dass der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung „eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde“, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht (Nr. 1) und diese Abweichung im Vertrag „ausdrücklich und gesondert“ vereinbart wurde (Nr. 2). Die Anwendung des § 442 BGB sei darüber hinaus nach § 475 Abs. 3 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Wesentliche Komplikationen ergäben sich schließlich, sofern Sachen mit digitalen Elementen verkauft würden. In diesem Fall fänden nunmehr die §§ 327 ff. BGB Anwendung, die der Umsetzung der Digitale-Inhalt-Richtlinie⁷ dienen.

Anschließend übernahm *Riehm*, der seinen Vortrag dem neuen Gewährleistungsrecht für digitale Produkte nach §§ 327 ff. BGB widmete. Mit Wirkung zum 01.01.2022 seien

mit den §§ 327 ff. BGB eigenständige, vertragstypenunabhängige Regelungen – und insbesondere ein eigenständiges Leistungsstörungsrecht – für sog. digitale Produkte eingeführt worden (siehe bereits soeben).⁸ Hinsichtlich ihres persönlichen Anwendungsbereichs setzten die neuen Vorschriften das Vorliegen eines Verbrauchervertrags nach § 310 Abs. 3 BGB voraus, vgl. § 327 Abs. 1 Satz 1 BGB. Sachlich fänden die §§ 327 ff. BGB Anwendung, sofern in dem jeweiligen Vertrag die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises vereinbart wurde; digitale Inhalte und Dienstleistungen definiere § 327 Abs. 1 Satz 1 BGB als „digitale Produkte“. Erfasst seien somit unter anderem elektronische Texte, Audiodateien, Software, Apps, Software-as-a-Service sowie sonstige Daten. Die §§ 327 ff. BGB kämen nach § 327 Abs. 5 BGB auch dann zur Anwendung, wenn die digitalen Inhalte auf einem körperlichen Datenträger (zum Beispiel USB-Stick) zur Verfügung gestellt werden. Gemäß § 327 Abs. 3 BGB seien die §§ 327 ff. BGB auch auf Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Produkte anzuwenden, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet. Ausgenommen seien insofern allerdings Datenerhebungen, die nur der Vertragserfüllung oder der Erfüllung gesetzlicher Pflichten seitens des Unternehmers dienen (vgl. § 312 Abs. 1a Satz 2 BGB). Schließlich seien die neuen Regelungen auch anzuwenden, sofern digitale Produkte innerhalb eines Vertrags mit nicht-digitalen Leistungsgegenständen kombiniert würden, etwa beim Erwerb eines Smart-TV zusammen mit dem Abschluss eines Abonnements eines Streamingdienstes (vgl. § 327a Abs. 1, 2 BGB). Ausgenommen vom Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB – und einheitlich dem durch §§ 475b ff. BGB modifizierten Kaufrecht zugewiesen – seien nach § 327a Abs. 3 BGB schließlich Kaufverträge über sog. Waren mit digitalen Elementen.⁹ Hierbei handele es sich um bewegliche Sachen, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können.

Für mangelhafte digitale Produkte sei in den §§ 327d ff. BGB ein eigenständiges Gewährleistungsrecht normiert worden. Dieses neue Gewährleistungsrecht gelte – wie die §§ 327 ff. BGB allgemein – vertragstypenunabhängig und verdränge somit etwaige sonstige Gewährleistungsrechte des BGB (vgl. §§ 453, 475a, 516a, 578b, 580a Abs. 3, 650 Abs. 2-4 BGB); beim Kauf einer Software kämen – außerhalb der Kategorie der Waren mit digitalen Elementen (dazu oben) – im Falle der Mangelhaftigkeit der Software somit beispielsweise nicht mehr §§ 434 ff. BGB, sondern §§ 327d ff. BGB zur Anwendung. Da die §§ 327d ff. BGB unabhängig vom jeweiligen Vertragstyp Anwendung fänden, enthielte das BGB (im

7 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

8 Instruktive Übersichten bei *Riehm/Abold*, CR 2021, 530 ff.; *Spindler*, MMR 2021, 451; *ders.*, MMR 2021, 528. Ausführlich auch *Gansmeier/Kochendörfer*, ZfPW 2022, 1 ff.

9 Zur Kategorie der Ware mit digitalen Elementen ausführlich *Gansmeier/Kochendörfer*, ZfPW 2022, 1, 13 ff.

B2C-Kontext) nunmehr auch erstmalig ein Gewährleistungsregime für (digitale) Dienstleistungen.¹⁰

Schulde der Unternehmer die Bereitstellung eines digitalen Produkts, richteten sich die Modalitäten der Leistungserbringung nach § 327b BGB. Der Unternehmer habe entsprechend einen Zugang zum digitalen Produkt zur Verfügung zu stellen oder dieses Produkt anderweitig zugänglich zu machen (vgl. 327 b Abs. 3 BGB). Im Falle einer Nichtleistung kämen nicht die Rechtsbehelfe des allgemeinen Leistungsstörungenrechts (insbesondere §§ 280 ff., 323 ff. BGB) zur Anwendung, sondern das in § 327c BGB vorgesehene Leistungsstörungenrecht. § 327e BGB enthalte einen eigständigen Mangelbegriff für digitale Produkte; der Sache nach ähnele die Konzeption des dort geregelten Mangelbegriffs stark dem kaufrechtlichen Mangel aus § 434 BGB. Auch im Kontext des § 327e BGB seien negative Beschaffenheitsvereinbarungen – wie im Kontext der §§ 434, 476 Abs. 1 Satz 2 BGB – nunmehr unter erschwerten Voraussetzungen möglich, § 327h BGB.

Besondere Bedeutung komme der fortan in § 327e Abs. 3 Satz 1 Nr. 5, § 327 f. BGB normierten Aktualisierungspflicht zu. Nach dieser sei der Unternehmer – also der Verkäufer, Vermieter usw. des digitalen Produkts und nicht der Hersteller (!) – auch im Rahmen von auf punktuellen Leistungsaustausch gerichteten Verträgen dazu verpflichtet, während eines in § 327f Abs. 1 Satz 2 BGB generalklauselartig

umschriebenen „maßgeblichen Zeitraums“ solche Aktualisierungen für das digitale Produkt bereitzustellen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich sind (vgl. § 327f Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Verletzung dieser Pflicht begründe die Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts und somit gewährleistungsrechtliche Ansprüche des Verbrauchers. Dies könne dazu führen, dass ein ursprünglich mangelfreies digitales Produkt nach Bereitstellung mangelhaft wird – und somit Gewährleistungsrechte des Verbrauchers begründet würden.

Die einzelnen Gewährleistungsrechte der §§ 327i ff. BGB seien ihrer Struktur nach aus dem kaufrechtlichen Gewährleistungsregime bekannt; im Einzelnen ergäben sich freilich Abweichungen. Dem Verbraucher stünden die Rechtsbehelfe der Nacherfüllung (§ 327l BGB), der Vertragsbeendigung (statt Rücktritt/Kündigung, § 327m Abs. 1, 2, 4 und 5 BGB), der Minderung (§ 327n BGB) sowie des Schadensersatzes (§ 327m Abs. 3 BGB) zu. Die Vertragsbeendigung sei rechtsfolgenseitig in §§ 327o f. BGB normiert; der Verbraucher müsse im Falle der Vertragsbeendigung keinen Nutzungersatz leisten. Abschließend ging *Riehm* auf das Änderungsrecht des Unternehmers nach § 327r BGB ein.

Nach dem Vortrag eröffnete *Grigoleit* die Diskussions- und Fragerunde mit den Referenten. Die Powerpoint-Folien der Referenten stehen auf der Homepage der Forschungsstelle zur Verfügung (www.notarrechtsinstitut.de – dort unter „Veranstaltungen“). Die nächste Tagung der Forschungsstelle findet voraussichtlich Ende Juni statt. Thema wird die Nachfolge in Familienunternehmen sein.

¹⁰ Dazu Schmidt-Kessel/Möllnitz/*Riehm*, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, 2021 (im Erscheinen).

Veranstungshinweise

Rheinisches Institut für Notarrecht

Nichts Halbes und nichts Ganzes? – Zu Gestaltungen von Teilverkäufen

Donnerstag, 19.05.2022, 19 Uhr s. t.
Universität Bonn oder über Zoom (Hybridveranstaltung)

Referenten:

Notar Dr. *Leif Böttcher*
Prof. Dr. *Christian Heinze*

Kontakt/Anmeldung:

Rheinisches Institut für Notarrecht,
Adenauerallee 46a, 53113 Bonn;
notarrecht@uni-bonn.de

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Nachfolge im Familienunternehmen

Mittwoch, 29.06.2022, 17:30 Uhr s. t.
Hybridveranstaltung
Präsenzveranstaltung voraussichtlich im Hörsaal S 007 der
Ludwig-Maximilians-Universität, Schellingstraße 3, 80799 München
Zusätzlich wird eine Online-Teilnahmemöglichkeit über Zoom angeboten
(die Zugangsdaten erhalten die Online-Teilnehmerinnen und -teilnehmer in der Anmeldebestätigung).

Referenten:

Notar Dr. *Johannes Hecht*, München
Notar Prof. *Thomas Reich*, München

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung sind die Präsenzteilnehmer zu einem kleinen Empfang geladen.

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 089 2180-2794, E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Die Anmeldemaske wird in Kürze über https://www.jura.uni-muenchen.de/forschung/forschungsstellen/forschung_notar/veranstaltungen/index.html zu finden sein.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter www.notarrechtsinstitut.de.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Ausschreibung

Ausschreibung des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2022

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

Helmut-Schippel-Preis

in Höhe von **5.000 €** aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Über die Vergabe entscheidet der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre

Forschungsarbeiten bis spätestens **30.06.2022** bei der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, in drei gedruckten Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) sowie als PDF-Datei an notrv@dnoti.de einzureichen (maßgebend ist der Eingang). Ein weiteres Exemplar wird im Falle des Preis-erhalts zur Archivierung der Helmut-Schippel-Preisträgerarbeiten zur Verfügung gestellt. Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2023 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerberinnen/Bewerber vor. Die Preisverleihung findet im Rahmen einer wissenschaftlichen Vortragsveranstaltung statt. Nähere Informationen erhalten Sie unter www.notrv.de.

Veranstaltungen des DAI

1. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Büttner/Sandkühler)
03.05.2022 in Bochum
2. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Schneider/Siegel)
04.05.2022 in Bad Dürkheim
3. **3. Jahresarbeitstagung für Notarfachwirte und Notarfachangestellte**
(Thon u. a.)
05.05.2022 bis 07.05.2022 in Berlin und als Livestream
4. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Sandkühler/Walch)
05.05.2022 in Bremen
5. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Berthold/Thelen)
06.05.2022 in Berlin
6. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Löffler)
07.05.2022 in München
7. **Handelsregisteranmeldungen für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Centner)
09.05.2022 in Bochum und als Livestream
8. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Geuder/Schmitt)
10.05.2022 in Düsseldorf
9. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Herz/Kienzle)
11.05.2022 in Stuttgart
10. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Geuder/Mayer)
13.05.2022 in Heusenstamm
11. **Erbrecht – aktuell für Notare**
(Keim)
16.05.2022 in Bochum und als Livestream
12. **Elektronisches Urkundenarchiv – Vertiefung, speziell zur Urkundensammlung**
(Löffler/Sauer)
17.05.2022 in Berlin und als Livestream
13. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Forschner)
18.05.2022 in Hannover
14. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Siegel/Steinmetz)
19.05.2022 in Rostock
15. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Herz)
20.05.2022 in Potsdam
16. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Geuder)
20.05.2022 in Bochum
17. **Elektronisches Urkundenarchiv – Vertiefung, speziell zur Urkundensammlung**
(Kögel/Sauer)
20.05.2022 in Oldenburg
18. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Schmitt/Walch)
21.05.2022 in Kiel
19. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Tondorf)
24.05.2022 in Münster
20. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Sandkühler)
25.05.2022 in Duisburg
21. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Forschner)
25.05.2022 in Augsburg
22. **Elektronisches Urkundenarchiv – Vertiefung, speziell zur Urkundensammlung**
(Klein/Kühnelt)
25.05.2022 in Kiel
23. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Primaczenko/Walch)
01.06.2022 in Dresden Radebeul
24. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Schmitt)
01.06.2022 in Nürnberg
25. **Update Vorsorgevollmacht und Betreuung**
(Müller-Engels/Reetz)
03.06.2022 in Berlin und als Livestream
26. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Geuder/Mayer)
03.06.2022 in Heusenstamm
27. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Berthold/Thelen)
07.06.2022 in Münster
28. **Stimmgesundheit bei Notarinnen und Notaren**
(Behrendt)
07.06.2022 in Kiel
29. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Schneider/Siegel)
08.06.2022 in Braunschweig
30. **Elektronisches Urkundenarchiv – Vertiefung, speziell zur Urkundensammlung**
(Kögel/Sauer)
09.06.2022 in Bochum und als Livestream



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

31. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Herz/Schmitt)
10.06.2022 in Hamburg
32. **Update Vorsorgevollmacht und Betreuung**
(Müller-Engels/Reetz)
10.06.2022 in Osnabrück
33. **Anpassung von Vertragsmustern an das neue WEG – Aufteilung, Gemeinschaftsordnung und Wohnungskaufvertrag**
(Lehmann-Richter/Wobst)
10.06.2022 in Kassel
34. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Forschner/Sandkühler)
11.06.2022 in Hannover
35. **Anpassung von Vertragsmustern an das neue WEG – Aufteilung, Gemeinschaftsordnung und Wohnungskaufvertrag**
(Lehmann-Richter/Wobst)
11.06.2022 in Köln
36. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Tondorf)
15.06.2022 in Homburg
37. **Intensivkurs Grundstücksrecht**
(Berkefeld/Forschner)
16.06.2022 bis 18.06.2022 in Hamburg
38. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Mayer)
16.06.2022 in Kiel
39. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Schmitt/Siegel)
17.06.2022 in Weimar
40. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Thelen)
17.06.2022 in Osnabrück
41. **Elektronisches Urkundenarchiv – Vertiefung, speziell zur Urkundensammlung**
(Selgert)
17.06.2022 in Hagen
42. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Herz)
18.06.2022 in Berlin
43. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Berthold/Thelen)
22.06.2022 in Bochum
44. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Herz/Kienzle)
23.06.2022 in Ettlingen
45. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Mayer/Tondorf)
24.06.2022 in Stade
46. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Mayer/Sandkühler)
25.06.2022 in Baunatal
47. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Berthold/Thelen)
25.06.2022 in Köln
48. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Geuder/Mayer)
29.06.2022 in Koblenz
49. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Forschner/Schmitt)
30.06.2022 in Würzburg
50. **Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht**
(Geuder/Mayer)
30.06.2022 in Heusenstamm

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Aarzen: Das neue Stiftungsrecht. Synopsen der Gesetzestexte und Begründungen. Erich Schmidt, 2022. 346 S., 49,95 €
2. Baumbach/Hopt/Kumpan/Leyens/Merkt/Roth: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht). 41. Aufl., Beck, 2022. 3057 S., 115,00 €
3. Baur/Stürner/Bruns: Zwangsvollstreckungsrecht. 14. Aufl., C.F. Müller, 2022. 945 S., 145,00 €
4. Braun: Insolvenzordnung. InsO mit EulnsVO (2015). Kommentar. 9. Aufl., Beck, 2022. 2290 S., 169,00 €
5. Dauner-Lieb/Grziwotz/Herzog: Pflichtteilsrecht. Bürgerliches Recht, Prozessrecht, Wirtschaftsrecht. 3. Aufl., Nomos, 2022. 945 S., 118,00 €
6. Dauner-Lieb/Heidel/Ring: Bürgerliches Gesetzbuch. Gesamtausgabe mit OnlineModul. Nomos, 2022. 1800 S., 1050,00 €
7. Fabis: Vertragskommentar Wohnungseigentum. 4. Aufl., RWS, 2022. 212 S., 78,00 €
8. Gockel: NotarFormulare Sonderfälle Testamentgestaltung. Muster, Vereinbarungen, Erläuterungen. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 216 S., 74,00 €
9. Herrler/Hertel/Kessler: Aktuelles Immobilienrecht 2021 in der Gestaltungspraxis. Beck, 2022. 340 S., 59,00 €
10. Kieß: Betreuungs- und Unterbringungsrecht. Handbuch für die Praxis. 7. Aufl., Nomos, 2022. 262 S., 59,00 €
11. Koch: Aktiengesetz. Kommentar. 16. Aufl., Beck, 2022. 2679 S., 189,00 €
12. Kroiß: FormularBibliothek Zivilprozess. Muster, Erläuterungen, Praxishinweise. 4. Aufl., Nomos, 2022. 3600 S., 198,00 €
13. Krüger/Pofahl/Kring: Handbuch Immobilien-Transaktionen. Recht, Steuern, Markt & Commercials. Beck, 2022. 567 S., 159,00 €
14. Reul/Heckschen/Wienberg: Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis. Immobilien-, Gesellschafts-, Erb- und Familienrecht. 3. Aufl., Beck, 2022. 1098 S., 189,00 €
15. Römermann: COVInsAG. COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz. Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht u. a. 2. Aufl., Beck, 2022. 284 S., 89,00 €
16. Schulz/Haus: Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung. 7. Aufl., Beck, 2022. 586 S., 85,00 €
17. Seefelder: Die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts. 2. Aufl., HDS, 2022. 132 S., 39,90 €
18. Staudinger/Kern/Bieder/Löwisch: BGB. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 362-396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung). 17. Aufl., Otto Schmidt – De Gruyter. 610 S., 229,00 €
19. Strahl/Carlé/Müller: Grundlegende Reformen für Personengesellschaften durch KöMoG und MoPeG. Auswirkungen auf Steuer- und Handelsrecht sowie Bilanzierung. NWB, 2022. 221 S., 49,90 €
20. Viskorf: Grunderwerbsteuergesetz. 20. Aufl., Beck, 2022. 877 S., 149,00 €



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Eckhart Keller
verstorben am 14.03.2022

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 01.05.2022:

Notar Dr. Heinrich Kreuzer, München

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.05.2022:

Eschenbach i.d. OPf. der Notarin Stefanie
Tafelmeier
(bisher in Bayreuth)

Hof dem Notarassessor
Dr. Sebastian Egger
(bisher in München,
Notarstelle Prof.
Dr. Mayer)

Laufen/Salzach der Notarin Eva-Maria
(in Sozietät mit Bernauer
Notar Dr. Michael (bisher in Eschenbach
Bernauer) i. d. OPf.)

Laufen/Salzach dem Notar Dr. Michael
(in Sozietät mit Bernauer
Notarin Eva-Maria (bisher in Hof)
Bernauer)

München dem Notar Arne Henn
(bisher in Kronach)

Waldmünchen dem Notarassessor
Dr. Clemens Hermanns
(bisher in München
Notarstellen Dr. Basty/
Dr. Franck)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 01.03.2022:

Veronika Behringer, Regensburg
(Notarstellen Franzmann/Drempetic)

Dr. Constantin Kemper, Trostberg
(Notarstellen Mehler/Dr. Hamberger)

Clemens Neuschwender, Ludwigshafen am Rhein
(Notarstellen Dr. Meyer/Dr. Wolf)

Iris Stocker, Waldsassen
(Notarstelle Karl Pelikan)

Mit Wirkung zum 01.04.2022:

Johannes Dollinger, Neuburg an der Donau
(Notarstellen Dr. Grimm/Dr. Zintl)

Andreas Geiß, Bayreuth
(Notarstellen Zuber/Dr. Simon)

Dr. Roman Kaiser, Zusmarshausen
(Notarstelle Mödl)

5. Sonstige Veränderungen:

Notarassessor Andreas Friedberger, München,
ist auf eigenen Wunsch zum 01.04.2022 ausge-
schieden.



Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Kirchheimbolanden, Notarstelle Jan Martin
Im Küchengarten 1b/2. OG
67292 Kirchheimbolanden

Notarkammer Pfalz
Schlossplatz 11a
66482 Zweibrücken
T. 06332 9071103
F. 06332/9071104
M. mail@notarkammer-pfalz.de
www.notarkammer-pfalz.de

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, T. 089 5482170, F. 089 555551, www.universalmedien.de/notarkammer.

